Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Vertrag und unerlaubter Handlung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Erich Gottschling
Referendar in Altenburg.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547001_0035

Literaturverzeichnis.

Behrend, Die Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage. Diss. Greifswald 1901.

Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts. Bd. 2. Berlin 1871.

Bekker, Streitfragen aus dem Aktionenprozeßrecht. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 24 S. 356 f.

Bindseil, Die Konkurrenz des Vertragsanspruchs mit dem Deliktsanspruche nach deutschem bürgerlichen Recht. Diss. Halle 1909.

v. Blume, Vertragshaftung und Deliktshaftung. Tiergefahr und Vertragsgefahr. Im Recht 9. Jahrg. 1905 S. 481 ff.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 2. Aufl. Erlangen 1873.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 5. Aufl. 1909/10, Bd. 2 5. Aufl. 1911/12.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1900, Bd. 2 1902.

Crome, Der Anspruch aus unerlaubten Handlungen in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestande. In DJZ. 1904 S. 14 ff.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 6. Aufl. 1900.

Dernburg, System des römischen Rechts. 8. Aufl. der Pandekten. Bd. 1 1911, Bd. 2 1912.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2 1. Abt. 4. Aufl. 1909, Bd. 2 2. Abt. 3. Aufl. 1906.

Detmold, Der Begriff des Schutzgesetzes im § 823 BGB. In der Festgabe für Regelsberger, Leipzig 1901.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903.

Eisele, Zur Lehre der Klagenkonkurrenz. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 79 S. 327 ff.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. Bd. 1. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Abt. 1 u. 2. 6.—8. Aufl. 1911/12.

Fischer, O. Chr., Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1905.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 4 u. 10. Erlangen 1796 und 1808.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. Bd. 1. 1843.

Golde, Das Verhältnis der Haftung aus unerlaubter Handlung zur Haftung für vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit einer Leistung. In Bernhöft und Binders Beiträgen zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1905 Heft 6.

Hänel, Versuch einer Darstellung der Lehre vom Schadensersatz. Leipzig 1823.

Hasse, Die Culpa des römischen Rechts. 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg. Bonn 1838.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. Bd. 1. 1903.

Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. Leipzig 1912.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und Prozeßrecht. Jena 1900.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Allgem. Teil. 1900.

Hölder, Über Ansprüche und Einreden. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 93 S. 1 ff.

Hummel, Das Zusammentreffen der Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung nach Bürgerlichem Gesetzbuche. Diss. Jena 1911.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Jung, Delikt und Schadensverursachung. Heidelberg 1897.

Keller, Über Litiskontestation und Urteil. 1827.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1906.

Krückmann, Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre der zivilrechtlichen Gesetzeskonkurrenz. In Jherings Jahrbüchern Bd. 52 S. 428 ff.

Krüger, Prozessualische Konsumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses. Leipzig 1864.

Langheineken, Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.

Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. Bd. 1. Leipzig 1912.

Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1900.

Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Berlin 1898.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898.

v. Löhr, Beiträge zur Theorie der Culpa. Gießen und Darmstadt 1808.

v. Löhr, Übersicht der Lehre von der Culpa, in seinem Magazin für Rechtswissenschaft Bd. 4. Gießen 1844.

Martens, Über Konkurrenz und Kollision der römischen Zivilklagen. Leipzig 1856.

Merkel, Über den Konkurs der Aktionen. Halle 1877.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1—3.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3. Aufl. 1. Teil 1839, 2. Teil 1840.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts. 10. u. 11. Jahrg. Berlin 1912/13.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2: Das Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. 1910.

Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte. 1867.

Pernice, Labeo. Bd. 2 1. Abt. 2. Aufl. 1895, 2. Abt. 2. Aufl. 1900.

Peters, Die Klagenkonkurrenz im römischen, gemeinen und bürgerlichen Rechte. Berlin 1902.

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1 3. Aufl. 1903, Bd. 2 3. Aufl. 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2.

Prym, Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1906.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 5. 1841.

Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio. Leipzig 1907.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 2, 2. 7./8. Aufl. 1913.

Stipanski, Die Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage. Diss. Greifswald 1901.

Thibaut, Zivilistische Abhandlungen. Heidelberg 1840.

Thibaut, System des Pandektenrechts. Bd. 1. 8. Aufl. 1834.

Titze, Besprechung von O. Chr. Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (begr. von Goldschmidt) Bd. 57 S. 447 ff.

v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1910.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1 7. Aufl. 1865, Bd. 3 7. Aufl. 1876.

Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche. München 1905.

Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. 1856.

Windscheid, Die actio. Düsseldorf 1857.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 8. Aufl. 1900.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1 u. 2. 9. Aufl. 1906.

Wrzeszinski, Die Konkurrenz der Ansprüche nach gemeinem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Freiburg 1902.

Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 99 S. 1 ff.

Zitelmann, Internationales Privatrecht. Bd. 2. München und Leipzig 1912.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Verhältnis zwischen Klagenkonkurrenz und Anspruchskonkurrenz.

A. Geschichtliches.

§ 1. Die Entwicklung des Begriffs der Anspruchskonkurrenz 4

In der älteren gemeinrechtlichen Literatur ist der Begriff der Klagen-(Anspruchs-)konkurrenz noch sehr unentwickelt. Klärung durch Savigny. Weitere Präzisierung durch die neueren Juristen.

§ 2. Die Behandlung der Aktionenkonkurrenz im römischen Rechte 12

Die Bedeutung der Klagenkonkurrenz liegt im römischen Rechte auf prozessualem Gebiete. Streitfrage, ob die nicht erhobene Klage bereits durch die Litiskontestation oder erst durch die tatsächliche Befriedigung des Gläubigers absorbiert werde. Letztere Ansicht war unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern vorwiegend. Erst Eisele stellt den Unterschied von Konsumtionskonkurrenz (Erlöschen der einen actio durch die Klagerhebung der anderen nach dem Grundsatze: ne bis de eadem re sit actio) und Solutionskonkurrenz (Erlöschen erst mit Befriedigung des Gläubigers auf Grund einer actio) fest. Für die hier in Frage stehenden Fälle der Konkurrenz einer Kontrakts- mit einer reipersekutorischen Deliktsklage findet Konsumtionskonkurrenz statt.

§ 3. Das gemeine Recht 17

Jetzt ist nicht mehr die Klagen-, sondern die Anspruchskonkurrenz von Bedeutung, infolgedessen hat sich das Problem auf das materiellrechtliche Gebiet hinübergespielt. Hauptstreitfrage, ob das mit milderen Haftungsbestimmungen ausgestattete Vertragsverhältnis einen modifizierenden Einfluß auf die Deliktsklage ausübt. Verneint von Hänel, Thibaut, Pernice (es ist lediglich die Haftung aus dem Vertrage maßgebend), bejaht von v. Löhr (mit Einschränkungen), Glück, Göschen, Hasse, Mühlenbruch, Vangerow, Dernburg (es kommen beide Haftungsvorschriften zur Anwendung).

Seite

B. Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 4. Die Bedeutung des Problems für das Bürgerliche Gesetzbuch 24

Die Frage für das Bestehen der Anspruchskonkurrenz im Bürgerlichen Gesetzbuche ist von Bedeutung wegen verschiedener in Betracht kommender gesetzlicher Vorschriften für das Recht der Verträge einerseits und das der unerlaubten Handlungen andrerseits.

§ 5. Übersicht über die vertretenen Meinungen 28

Die Ansicht, daß die Ansprüche aus Vertrag und Delikt stets miteinander konkurrieren müßten, wird nicht mehr aufrecht erhalten, denn die Vertragsverletzung ist weder Verletzung eines „sonstigen Rechts" im Sinne des § 823 Abs. 1 noch Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2, noch kann sie in jedem Falle unter § 826 BGB. subsumiert werden. Aber es kann nach der herrschenden Meinung Anspruchskonkurrenz vorliegen (Vertreter der Anspruchskonkurrenz sind u. a. v. Liszt, Krückmann, Endemann, Crome, Cosack, v. Blume, Fischer, Prym, Isay, Wrzeszinski). Demgegenüber steht die Ansicht, daß zwischen den Vertragsbestimmungen und den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen Gesetzeskonkurrenz bestehe (Vertreter: Hellwig, Siber, Titze, v. Tuhr). Die Vertreter der Anspruchskonkurrenz sondern aus dem Gebiet der Konkurrenz eine Reihe von Fällen aus; ihre Betrachtung erfolgt im § 6. Zur Beseitigung der aus dem Zusammentreffen verschiedener Haftungsgrade (Haftung nur für gröberes Verschulden aus gewissen Verträgen einerseits und Haftung für omnis culpa aus Delikt andrerseits) entstandenen Schwierigkeiten sind die „Absorptions- oder Abmilderungstheorien" entstanden (§ 7).

§ 6. Die Abgrenzung des Anwendungsgebiets der Anspruchskonkurrenz 35

Die Ansprüche aus Vertrag und Delikt läßt man nicht frei konkurrieren, sondern man hat den Kreis der Anwendungsfälle der Konkurrenz mehr oder weniger eingeengt. Zu erwähnen sind hier die Ansichten von Endemann, Fischer, Crome, v. Blume, Lent, Prym, Bindseil, Cosack.

§ 7. Die „Absorptions"- oder „Abmilderungstheorien" . 42

Sie werden vertreten von v. Liszt, Windscheid-Kipp, Wrzeszinski, Isay, Stipanski, Behrend, Krückmann. Diese Theorien lassen sich nicht beweisen, sind auch unzulässig. Der gegenteilige Standpunkt aber (Anwendung der deliktischen Haftungsvorschriften neben den günstigeren vertraglichen der §§ 521, 524, 599, 600, 690), wie er von Prym, Fischer, Crome, Dernburg, Planck, Oertmann, v. Blume vertreten wird, ist widersinnig und führt zu Schwierigkeiten.

§ 8. Die Vertreter der Gesetzeskonkurrenz 48

Den Schwierigkeiten, die aus der Annahme der Anspruchskonkurrenz entstehen, hat man durch Annahme der Gesetzeskonkurrenz (Vertreter: Hellwig, Siber, Titze, v. Tuhr) zu entgehen gesucht. Diese Theorie ist unrichtig, denn sie beruht

Seite

auf falscher Erfassung der Einheit des Tatbestandes. Die Beweise, daß die Vertragsvorschriften spezielle Bestimmungen gegenüber den Deliktsvorschriften seien, sind nicht stichhaltig.

§ 9. Die Lehre Lents von der Unmöglichkeit der Gesetzeskonkurrenz. — Die Theorie der Subsidiarität 56

Eine Gesetzeskonkurrenz zwischen den Bestimmungen des Vertragsrechts und denen des Deliktsrechts besteht nach Lent nicht, denn es liegen zwei Tatbestände vor. Dagegen ist die Annahme der Subsidiarität sehr wahrscheinlich. Unterschied von Spezialität und Subsidiarität. — Resultat: Gesetzeskonkurrenz besteht nicht. Ebensowenig aber besteht Anspruchskonkurrenz, denn der Deliktstatbestand ist im Wege der Subsidiarität auszuschalten. Praktisch führt die Theorie der Subsidiarität zu demselben Ergebnis wie die der Gesetzeskonkurrenz.

Einleitung.

Die Lehre von dem Zusammentreffen der Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung ist ein Teil der Lehre von der Konkurrenz der Ansprüche überhaupt.[1])

Bevor auf die Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuches zu dieser Frage eingegangen wird, soll zunächst der Begriff der Anspruchskonkurrenz festgestellt und dann ein Überblick über die Entwicklung dieser Lehre im römischen und gemeinen Recht gegeben werden.

Hinsichtlich der Terminologie ist folgendes zu bemerken: für die römisch-rechtliche Behandlung wird in der Literatur das Wort „Aktionenkonkurrenz" oder „Klagenkonkurrenz" gebraucht für die Fälle, die wir heute mit „Anspruchskonkurrenz" bezeichnen. Die älteren gemeinrechtlichen Schriftsteller wenden das Wort „Klagenkonkurrenz" auch für die gemeinrechtliche Behandlung dieses Themas an. Erst seit dem Vorgange Windscheids[2]) hat die neuere gemeinrechtliche Literatur die Bezeichnung Anspruch für den Begriff angenommen, den die Römer mit dem Worte actio (Klage) ausdrücken. Nach Windscheid haben Merkel[3]) u. a. das Postulat aufgestellt, an Stelle des Ausdrucks „Klage" das Wort „Anspruch" treten zu lassen.

---

[1]) Es wird auch Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag mit dinglichen Ansprüchen und mit dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, ferner Konkurrenz mehrerer Deliktsansprüche und Konkurrenz mehrerer Kontraktsansprüche behauptet. Wir beschränken unsere Erörterung auf die sogen. Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag und unerlaubter Handlung.

[2]) Die actio des römischen Zivilrechts 1856 S. 1 ff.

[3]) Über den Konkurs der Aktionen 1877 S. 139, 140 Anm. 6.

Denn nach Windscheids Abhandlung über die actio des römischen Zivilrechts wurde folgende noch heute geltende Ansicht allgemein angenommen: Zu der Zeit, wo der Prätor einen mächtigen Einfluß auf den Prozeß sowohl als auf die Gestaltung des materiellen Rechts ausübte, kam es dem rechtsuchenden Römer weniger darauf an, daß er ein materielles Recht hatte, als vielmehr darauf, daß er durch Erteilung der formula durch den Prätor eine actio erhielt. Als in der späteren Kaiserzeit der Aktionenprozeß verschwand, erfolgte die Klagerhebung nicht mehr durch Benennung einer bestimmten actio. Der Kläger trug jetzt — und so auch im heutigen Prozesse — alle ihm günstigen Tatsachen dem Richter vor, und dem Richter fiel nunmehr die Aufgabe zu, die einschlägige Klage zu finden nach dem Rechtssatze: da mihi factum, dabo tibi jus. Für das Rechtsbewußtsein ist nunmehr „das Recht das prius, die Klage das spätere".[4]) Denselben Sinn drückt Wrzeszinski[5]) mit den treffenden Worten aus: „Heute ist an Stelle der Auffassung: ich habe ein Recht, weil ich eine Klage habe, der Grundsatz getreten: ich habe eine Klage, weil ich ein Recht habe".

Nun halten es allerdings Bekker[6]) und Siber[7]) nicht für berechtigt, einfach „Anspruch" für „actio" einzusetzen. Bekker hat nachgewiesen, daß actio und Anspruch nicht identisch sind, da oft mehreren Aktionen des römischen Rechts nur ein Anspruch zugrunde liegt, und es Ansprüche ohne actio und actiones ohne Anspruch geben kann, daß also die actio „unabhängig von jeder Leistungspflicht eine selbständige Existenz zu führen vermag". Ihm schließt sich Siber[8]) an, der im gemeinen Recht neben die Anspruchskonkurrenz noch eine Aktionenkonkurrenz stellt.

Es ist m. E. freilich richtig, daß actio und Anspruch nicht identisch sind. Die Anhänger Windscheids in dieser Frage

---

[4]) Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts 1856 S. 3.

[5]) Die Konkurrenz der Ansprüche, Diss. 1902, S. 5.

[6]) Die Aktionen des römischen Privatrechts, Berlin 1871, Bd. 2 S. 8—19 und ZRG. Bd. 24 S. 356/57.

[7]) Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, Leipzig 1907, S. 225/26.

[8]) a. a. O. S. 225/26.

bestreiten ja auch nicht, daß schon die Römer der klassischen Zeit die actio von dem materiellen Anspruch unterschieden haben. Aber der Schwerpunkt des Verfahrens lag für die Parteien doch in dem Verfahren in iure: man mußte erst die richtige actio vom Prätor erhalten haben. Erst in iudicio mochte der Richter prüfen, welcher Anspruch begründet war. Eine praktische Bedeutung hatte deshalb damals nur die Konkurrenz der Aktionen. Als aber nach dem Absterben des Formularprozesses der Kläger es nicht mehr nötig hatte, eine formula zu erbitten,[9]) jetzt vielmehr der Satz galt: da mihi factum, dabo tibi ius, so bestanden von da ab sowie im rezipierten römischen Recht zwar noch Aktionen, sie hatten aber ihre frühere prozessuale Bedeutung eingebüßt. Man kann deshalb zwar im gemeinen Recht theoretisch von einer Aktionenkonkurrenz reden, aber sie hat keine praktische Bedeutung. Solche hat jetzt nur noch die Anspruchskonkurrenz. Man trifft daher mit der Bezeichnung „Anspruchskonkurrenz" dasjenige Verhältnis, das im klassischen römischen Recht die Aktionenkonkurrenz war. Dabei kann man sich des Unterschieds von actio und Anspruch und der Selbständigkeit jener trotzdem bewußt bleiben.

[9]) vgl. c. 2 Cod. de formulis sublatis (2,57).

A. Geschichtliches.

§ 1.

Die geschichtliche Entwicklung des Begriffs der Anspruchskonkurrenz.

Über den Sinn und den Umfang der Klagen-(Anspruchs-) Konkurrenz finden sich die mannigfaltigsten Begriffsbestimmungen. Zu verschiedenen Zeiten verstand man darunter Verschiedenes.

Aus den römischen Quellen selbst ist kein einheitlicher Begriff zu bestimmen. Die älteren gemeinrechtlichen Schriftsteller, so Glück,[1]) Thibaut,[2]) Mühlenbruch,[3]) Göschen[4]) verstanden unter Klagenkonkurrenz das Zusammentreffen mehrerer Klagen, „welche in Beziehung auf dasselbe Verhältnis oder dasselbe Objekt begründet sind".[5]) Sie unterschieden zwei Hauptgruppen: „subjektive" und „objektive" Konkurrenz. Subjektive Konkurrenz wurde angenommen, „wenn aus demselben Rechtsgrunde oder in Ansehung desselben Objekts mehrere berechtigt oder verpflichtet sind",[6]) objektive, „wenn derselbe Kläger gegen denselben Beklagten verschiedene, jedoch ihrem Grunde nach

---

[1]) Erläuterungen der Pand. 4. Teil 1796 § 284a—e S. 1—32.

[2]) Grundzüge einer vollständigen Darstellung der Lehre von der Konkurrenz der Zivilklagen, in Zivilist. Abhandl., Heidelberg 1814. S. 163ff. und 202ff. und in System des Pandektenrechts Bd. 1 8. Aufl. 1834 S. 56/57.

[3]) Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 1 3. Aufl. 1839 S. 263—266.

[4]) Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht Bd. 1 1843 S. 447—449.

[5]) So im Wortlaut Mühlenbruch a. a. O. S. 263.

[6]) Welche speziellen Fälle diese subjektive Konkurrenz in sich schließt, ergibt sich aus Glück a. a. O. S. 15—17. Sie decken sich in der Hauptsache mit den Fällen, die wir heute unter den Fällen der subjektiven Klagenhäufung im Sinne des § 59 RZPO. begreifen.

verwandte oder sonst miteinander in materieller Verbindung stehende Klagen hat".[7][8])

Die objektive Konkurrenz teilte man wieder in „sukzessive" Konkurrenz, wenn nämlich die eine Klage vorbereitend für die andere ist,[9]) also nur eine nach der anderen angestellt werden kann, in „kumulative" Konkurrenz, wenn die verschiedenen Klagen vollständig nebeneinander geltend gemacht werden können,[10]) und in „elektive" Konkurrenz, wenn durch den Gebrauch der einen Klage der Gebrauch der anderen ausgeschlossen wird.[11]) Eine Ausnahme macht unter den Schriftstellern dieser Zeit Thibaut. Wenngleich auch er subjektive und objektive Konkurrenz unterscheidet, so billigt er doch die Einteilung in kumulative, sukzessive und elektive Konkurrenz nicht.[12])

In diesem weit ausgedehnten Begriff der Klagenkonkurrenz waren somit eine Anzahl Typen von Klagenmehrheiten inbegriffen, deren Behandlung zur Klärung des Begriffs und zur Lösung der Aufgabe nichts beitragen konnte. Man war sich ja nicht einmal über „den Sinn und den Umfang der Aufgabe einig".[13]) Die Autoren wichen in der Lehre der Konkurrenz der Klagen „voneinander so sehr ab, daß man kaum glauben konnte, es werde ein

---

[7]) So Mühlenbruch a. a. O. S. 263 und ähnlich die anderen.

[8]) Thibaut (Zivilist. Abhandl. S. 263 u. 202) sagt einfacher: Subjektive Klagenkonkurrenz ist vorhanden, wenn aus der Mehrheit der Subjekte auf Schuldner- oder Gläubigerseite eine Mehrheit von Klagen entsteht, objektive, wenn die mehreren Klagen demselben Kläger gegen denselben Beklagten zustehen.

[9]) So dient die actio ad exhibendum als Vorbereitung der Vindikation, die hereditatis petitio als Vorbereitung der actio familiae heriscundae, die Klage gegen den Hauptschuldner als Vorbereitung der Klage gegen den Bürgen usw.

[10]) Das sei der Fall, wenn der Klagegrund sowohl als die Objekte verschieden sind, oder wenn die Klagen zwar auf demselben Grunde beruhen, ihr Objekt aber verschieden ist.

[11]) Das sei der Fall, wenn das Objekt zwar dasselbe, der Klaggrund aber verschieden ist — dann zerstöre die durchgesetzte Klage auch die übrigen —, oder Klaggrund und Gegenstand identisch sind — dann hebe die eine immer die andere auf.

[12]) Thibaut, Zivilist. Abhandl. S. 162.

[13]) Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. 5 S. 205.

und derselbe Gegenstand von ihnen behandelt".[14]) So war es möglich, daß Keller[15]) von dem „verrufenen Gebiet der Konkurrenz der Klagen" reden konnte, und die Worte Thibauts[16]): „Die bisherigen Bearbeiter der Theorie von der Konkurrenz der Klagen haben für die Exegese einzelner dahin gehörender Gesetze allerdings viel geleistet, aber die ganze Lehre ist noch nicht so angegriffen, wie es hätte sein sollen" bewahrten ihre Geltung, bis Savigny sich des Gegenstands annahm.

Savigny fällt das Verdienst zu, mehrere dieser Arten von Klagenmehrheiten aus den Fällen der Klagenkonkurrenz ausgeschieden und dadurch mehr Klarheit geschaffen zu haben.

Savigny stellt nämlich auf die Frage ab: „Inwiefern kann die Koexistenz mehrerer Klagen auf die Wirksamkeit jeder einzelnen unter ihnen Einfluß haben?"[17]) Ein solcher Einfluß ist nach ihm nur denkbar unter Voraussetzung eines solchen Zusammenhanges der mehreren Klagen, daß sie ganz oder teilweise identisch werden. Als Gründe einer solchen Identität aber könnten in Betracht kommen: der gemeinschaftliche Entstehungsgrund der Klagen, ferner die durch den gemeinsamen Namen bezeichnete gleichartige Natur der Klagen, weiter die gleichen Personen, unter denen sie stattfinden, endlich der gemeinschaftliche Gegenstand.[18])

Savigny weist nun nach,[19]) daß in den ersten drei Fällen keine der Klagen durch eine andere konkurrierende in ihrer Wirksamkeit beeinflußt wird: der gemeinschaftliche Entstehungsgrund ist für die Frage bedeutungslos, denn derselbe Diebstahl erzeugt die condictio furtiva und die pönale actio furti, und beide Klagen bestehen nebeneinander, ohne daß die Anstellung der einen die Erhebung der anderen ausschlösse; ebenso ist ohne Bedeutung die Gleichnamigkeit der Klagen, denn es heißt bei-

---

[14]) Savigny, ebenda.
[15]) Über Litiskontestation und Urteil 1827 S. 479.
[16]) Zivilist. Abhandl. S. 150.
[17]) a. a. O. Bd. 5 S. 205.
[18]) a. a. O. S. 205, 206.
[19]) a. a. O. S. 206—208.

spielsweise im Falle der Beleidigung einer Ehefrau die Klage des Mannes sowohl als die der Frau actio in juriarum, und dennoch sind beide voneinander unabhängig; die Gleichheit oder Ungleichheit der in mehreren Klagen vorkommenden Personen endlich ist ohne Einfluß, denn wenn dieselben Personen einen Kaufvertrag und dann einen Mietvertrag abschließen, so bestehen unter ihnen zwei Kontraktsklagen, von denen keine einen Einfluß auf die andere hat.

Eine konkurrierende Klage hat auf die Wirksamkeit der anderen vielmehr nur dann einen Einfluß, wenn die mehreren Klagen einen „gemeinschaftlichen juristischen Gegenstand oder Zweck“ [20]) haben.[21]) Der Einfluß zeigt sich darin, daß die eine Klage durch die andere „absorbiert“ wird.

Durch diese Begrenzung des Begriffs der Klagenkonkurrenz durch Savigny fällt zunächst die Haupteinteilung in subjektive und objektive Konkurrenz, da, wie oben erwähnt, der Umstand, ob die Klagen sich auf dieselben oder auf verschiedene Personen beziehen, nicht entscheidend ist.[22])

Ferner scheidet aus die „sukzessive Konkurrenz, denn stehen Rechte in einem solchen Verhältnis, daß das eine durch das andere bedingt ist,[23]) so kann, wie Savigny[24]) mit Recht sagt, ein solches Verhältnis sehr verschiedene Gründe haben. Diese Fälle stehen in gar keinem inneren Zusammenhang mit dem, was man unter Klagenkonkurrenz zu verstehen hat.

---

[20]) a. a. O. S. 208.

[21]) Der juristische Gegenstand ist verschieden von dem materiellen Gegenstand. Auf dasselbe Haus oder dasselbe Pferd können Ansprüche so verschiedener Art vorhanden sein, daß diese Klagen gar keine Berührung miteinander haben. Das Haus oder das Pferd ist der materielle Gegenstand. Wenn aber mehrere Klagen z. B. die Entschädigung für denselben Verlust bezwecken, so haben sie den juristischen Gegenstand miteinander gemein. Statt des Ausdrucks „juristischer Gegenstand“ kann man auch den Ausdruck „Zweck“ gebrauchen (vgl. Savigny a. a. O. S. 208 Anm. f).

[22]) Savigny a. a. O. S. 211 hält diese, die Personen betreffende Unterscheidung für eine Haupteinteilung der Konkurrenz als Grundlage dieser Lehre auch durchaus für ungeeignet.

[23]) vgl. die Beispiele oben Anm. Nr. 9.

[24]) a. a. O. S. 211/12.

Auch die „alternative“ Konkurrenz gehört nicht zu dem von Savigny gewonnenen Begriffe der Klagenkonkurrenz.[25]) Als Beispiel einer alternativen Konkurrenz sei die actio redhibitoria und die actio quanti minoris erwähnt. Die erste geht auf Beseitigung des Kaufs, mit der zweiten wird nur Preisminderung unter Aufrechterhaltung des Kaufvertrags bezweckt. Hier wird durch die zur Wahl stehenden Klagen nicht ein Zweck, sondern es werden verschiedene Zwecke angestrebt.

Endlich stehen auch die Fälle der sogen. kumulativen Konkurrenz, bei denen die zweite Klage nach der ersten schon mit vollem Erfolg erhobenen Klage noch vollständig benutzt werden kann, außerhalb des Rahmens der nach Savigny allein in Betracht kommenden Fälle. So gehören z. B. diejenigen Fälle, wo aus einem Delikt neben der Entschädigungsklage eine reine Strafklage entsteht, wie die condictio furtiva und die actio furti aus demselben Diebstahl,[26]) oder die actio legis Aquiliae und die actio injuriarum aus schwerer Mißhandlung eines Sklaven,[27]) nicht mit zur Behandlung der Klagenkonkurrenz, obwohl bei ihnen „der täuschende Schein einer Konkurrenz“ vorhanden ist. Denn es fehlt ihnen ein gemeinschaftliches Objekt.[28])

Echte Konkurrenz besteht also nach Savigny nur dann, wenn die mehreren Klagen ein gemeinschaftliches juristisches Objekt, einen gemeinschaftlichen Zweck haben. Das sind die Fälle der sogen. „elektiven“ Konkurrenz (bei der also der Gebrauch der einen Klage die Anstellung der anderen ausschließt).

Als neuen terminus prägte Savigny[29]) die Bezeichnung „partielle“ Konkurrenz, die er der echten Konkurrenz an die Seite stellt. Während bei der elektiven Konkurrenz die zweite Klage durch die erste ganz absorbiert wird, wird bei der partiellen Konkurrenz die zweite Klage durch die erste nur teilweise absorbiert. Die partielle Konkurrenz besteht, wenn der

---

[25]) Savigny a. a. O. S. 256.

[26]) l. 7 § 1 de cond. furt. (13, 1) (Ulpian), l. 34 § 2 de O. et A. (44,7) (Paulus).

[27]) vgl. l. 15 § 46 de injuriis (47, 10) (Ulpian).

[28]) Savigny a. a. O. S. 232.

[29]) a. a. O. S. 222—231.

Gegenstand der minder umfassenden Klage in der umfassenderen vollständig enthalten ist.[30]) Die zweite Klage wird deshalb nur insoweit absorbiert, als der Erfolg der zweiten Klage mit der schon benutzten ersten Klage identisch ist, so daß die zweite Klage noch auf das amplius (auf die Differenz von den zu Fordernden und dem bereits mit der ersten Klage Erhaltenen) angestrengt werden kann (vgl. l. 41 § 1 de O. et A. (44,7).[31]) Der häufigste Fall der partiellen Konkurrenz ist die Konkurrenz der actio legis Aquiliae (wegen ihrer erhöhten Schätzung des Schadens) mit einer Kontraktsklage, wenn die Kontraktsklage zuerst angestellt worden ist.[32])

Soweit hatte Savigny das Material gesichtet. Die späteren Juristen nahmen eine weitere Umgrenzung des Begriffs vor Besonders trat Windscheid[33]) dafür ein, den „törichten Begriff der kumulativen Konkurrenz" ganz aufzugeben — Savigny hatte zwar schon erkannt, daß hier keine Konkurrenz vorliege, hatte aber den Ausdruck beibehalten — und von Klagenkonkurrenz nur da zu sprechen, wo die eine Klage zu der anderen im Verhältnis der Ausschließung steht.[34]) Dieser Begriff der echten Konkurrenz[35]) ist auch von den neueren Pandektisten — vgl. Brinz,[36]) Vangerow,[37]) Dernburg[38]) — angenommen worden. Auch alle neuesten Schriftsteller kennen nur noch diese eine Art der Konkurrenz.

Eine weitere Einengung des Begriffs führte Eisele[39])

---

[30]) Das Bild des größeren den kleineren völlig einschließenden Kreis.

[31]) Siber (Die Passivlegitimation S. 136) nennt die partielle Konkurrenz „elektiv bis zum Mindestbetrage", womit zugleich deutlich gesagt ist, daß sie zur echten oder elektiven Konkurrenz gehört.

[32]) s. über weitere Fälle die bei Savigny a. a. O. S. 223—231 angeführten Quellenstellen.

[33]) Die actio des römischen Zivilrechts S. 33.

[34]) Ob diese Ausschließung schon mit der Klageerhebung oder erst mit der Befriedigung eintritt, wird in § 3 der Arbeit behandelt.

[35]) der also die elektive Konkurrenz einschließlich der partiellen umfaßt.

[36]) Lehrb. der Pand. Bd. 1 2. Aufl., Erlangen 1873, S. 343/44.

[37]) Lehrb. der Pand. Bd. 1 7. Aufl., 1865, S. 240/41.

[38]) System des römischen Rechts Bd. 1, 1911, S. 257 ff.

[39]) Zur Lehre der Klagenkonkurrenz, im ArchZivPrax. Bd. 79 S. 327.

durch. Eisele scheidet alle Fälle aus, in denen zwar mehrere Klagen auf dasselbe Ziel gehen, aber keine Identität der Personen auf Gläubiger- wie auf Schuldnerseite vorhanden ist.[40]) Dieser Begrenzung Eiseles, durch die infolge des Ausscheidens der Fälle der Korrealität und der Solidarität, die z. B. Savigny noch zur echten (elektiven) Konkurrenz rechnet,[41]) der Begriff der Klagenkonkurrenz bestimmter und zweckmäßiger gestaltet wird, schließen sich auch die meisten neueren Bearbeiter unserer Lehre, wie Wrzeszinski,[42]) Peters,[43]) Prym,[44]) Bindseil[45]) an, während Windscheid-Kipp,[46]) Hölder[47]) u. a. daran festhalten, daß Identität des verpflichteten Subjekts nicht erforderlich sei. Wir schließen uns der Ansicht der ersteren Schriftsteller an. Denn es ist für die Klärung des Konkurrenzbegriffs nichts gewonnen, wenn man die Identität des verpflichteten Subjekts für unwesentlich erklärt, da auf diese Weise das Gebiet der Konkurrenz auf Rechtsinstitute wie die passive Korrealität, die passive Solidarität u. a. mit erstreckt wird. Das ausgeschiedene Gebiet gibt keine neuen Gesichtspunkte für die Behandlung des Themas ab.

Das von Savigny aufgestellte Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit des juristischen Gegenstandes oder des Zwecks ist heute allgemein aufgenommen, so von Windscheid-Kipp,[48]) Eisele,[49]) Peters[50]) (Einheit des „Zwecks"), Siber[51]) (des „Gegenstands"). Dasselbe wollen besagen die Wendungen: Ein-

---

[40]) a. a. O. S. 330.

[41]) System V S. 220/21.

[42]) Die Konkurrenz der Ansprüche, Diss. 1902 S. 8.

[43]) Die Klagenkonkurrenz 1902 S. 5, 6, 56.

[44]) Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung 1906 S. 15.

[45]) Die Konkurrenz des Vertragsanspruchs mit dem Deliktsanspruche, Diss. Halle 1909, S. 8.

[46]) Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 1 9. Aufl., 1906 S. 608.

[47]) Komm. z. BGB., Allgem. Teil, 1900, Anm. zu Bd. 1 § 194.

[48]) a. a. O. S. 608.

[49]) a. a. O. S. 329.

[50]) a. a. O. S. 9—14.

[51]) a. a. O. S. 220 ff.

heit des „Erfolges“, so Endemann,[52]) Hölder,[53]) oder des „rechtlichen Interesses“, so Hellwig.[54]) In gleicher Bedeutung redet Dernburg[55]) von konkurrierenden Klagen als von verschiedenen auf dasselbe „Ziel“ gerichteten Klagen, ebenso gebraucht Fischer[56]) „Ziel“ neben „Zweck“.

Unter Anspruchskonkurrenz versteht demnach die herrschende Lehre das Zusammentreffen mehrerer Ansprüche desselben Berechtigten gegen denselben Verpflichteten, die auf denselben Zweck (auf denselben Erfolg, dasselbe Ziel) gerichtet sind und deshalb insoweit erlöschen müssen, als mit dem einen Anspruch Befriedigung erlangt ist.[57])

Unsere Erörterung beschränkt sich auf die Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsansprüchen. Wenn also der Mieter einer Wohnung die Tapete des Zimmers zerstört, der Entleiher eines Buches das Buch zerreißt, so besteht nach der herrschenden Lehre eine Konkurrenz des Schadensersatzanspruchs, den der Vermieter bezw. Verleiher gegen den Schädiger auf Grund des Vertragsrechts hat, mit dem deliktischen Ersatzanspruch, den der Vermieter bezw. Verleiher als Eigentümer gegen den Schädiger hat. Der Umstand, daß in jedem der beiden Fälle der Schadensersatzanspruch aus einem anderen Grunde entsteht, indem das eine Mal der durch Nichterfüllung einer Verbindlichkeit entstandene Schaden, das andere Mal der un-

[52]) Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 418.

[53]) a. a. O. zu § 194 S. 414.

[54]) Anspruch und Klagerecht 1900 S. 105.

[55]) System Bd. 1, 8. Aufl. der Pand. 1911 S. 257.

[56]) Die Verletzung des Gläubigerrechts 1905 S. 13.

[57]) Dabei ist vorausgesetzt, daß der Entstehungsgrund, d. h. der Tatbestand der Verpflichtung, verschieden ist, was ja hier insofern zutrifft, als der eine Anspruch dem Vertrags-, der andere dem Deliktsrecht entspringt. Würde auch dieser identisch sein, so bestände keine Anspruchskonkurrenz, weil auch nur ein Tatbestand vorliegen würde; denn ein Tatbestand kann nicht mehrere Ansprüche erzeugen (vgl. auch Hölder, Über Ansprüche und Einreden, im ArchZivPrax. Bd. 53 S. 15ff.); Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio S. 227ff.; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 86ff., 90ff.; v. Tuhr, Der allgemeine Teil des bürgerl. R. Bd. 1 1910 S. 268—276.

abhängig von einer Obligation verursachte Schaden ersetzt werden soll, ist nach der herrschenden Lehre unwesentlich. Das Erfordernis, daß in beiden Fällen der Zweck (das Ziel, der Erfolg)[58] derselbe sei, ist erfüllt. Es kommen also für das Bürgerliche Gesetzbuch die Fälle der Konkurrenz des vertragsrechtlichen Anspruchs mit dem deliktischen Anspruch aus den §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2, 826 in Betracht, nicht aber mit dem deliktischen Anspruch aus § 847 Abs. 1, dessen Zweck Ersatz immateriellen Schadens ist.

§ 2.

Die Behandlung der Aktionenkonkurrenz im römischen Rechte.

Die häufigsten Quellenbeispiele der Konkurrenz einer Kontrakts- mit einer — reipersekutorischen — Deliktsklage[1] sind die Konkurrenz der actio legis Aquiliae mit der actio pignoraticia oder der actio commodati oder der actio depositi oder der actio locati nach l. 18 § 1 D. commodati (13, 6), l. 18 D. ad legem Aquiliam (9,2), l. 43 D. locati (19, 2), der condictio furtiva mit der actio pro socio nach l. 47 pr. D. pro socio (17, 2), der actio rationibus distrahendis mit der actio tutelae nach l. 1 § 21, D. de tutelae (27,3), der condictio furtiva mit der actio commodati nach l. 34 § 1 D. de O. et A. (44, 7).[2]

Das Wesen der Klagenkonkurrenz liegt im römischen Rechte auf prozessualem Gebiete. Es handelt sich um die Frage:

---

[58]) Der Begriff Zweck, Ziel, Erfolg, ist in beiden Fällen im wirtschaftlichen Sinne zu fassen. Denn der Zweck des Rechts, das eine gerechte Ausgleichung herbeiführen will, ist erfüllt, wenn dem Gläubiger das Recht, Ersatz zu fordern, zugesprochen worden ist; aus welchem juristischen Grunde das geschehen ist, ist in dieser Hinsicht gleichgültig.

[1]) Die pönalen Deliktsklagen (auch nicht die a. leg. Aquil., soweit sie pönal ist) können natürlich nicht elektiv mit der Kontraktsklage konkurrieren, da es am identischen Zweck fehlt.

[2]) vgl. über weitere Stellen die Zitate bei Savigny, System Bd. 5 S. 218ff. Eine vollständige Aufzählung gibt Siber, Die Passivlegitimation S. 183—185 unter IV, 1a und 2a.

Können die konkurrierenden Klagen zusammen erhoben werden, oder schließt die eine die andere aus, und was hat in der zuerst angestellten Klage diese ausschließende Kraft?

Wie schon oben (§ 1) erwähnt, wird in den Fällen der echten Konkurrenz die zweite Klage durch die erste entweder ganz absorbiert (elektive Konkurrenz) oder nur teilweise (partielle Konkurrenz). Das für die Konkurrenz der Klagen — der elektiven und der partiellen — geltende Prinzip der Absorption ist ganz allgemein ausgesprochen in der von Gaius herrührenden Stelle l. 57 D. de R. J. (50, 17)[3] wo es heißt: Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur,[4] und in Bezug auf die Klagenkonkurrenz speziell in den meisten von der Klagenkonkurrenz redenden Digestenstellen, von denen nur die Stelle Ulpians l. 43 § 1, de R. J. (50, 17): „Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine“ (d. h. mit Savigny a. a. O. S. 216 übersetzt: auf denselben Gegenstand) „una quis experiri debet“, sowie die Stelle des Gaius l. 18 § 1 commodati (13, 6): „Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed i qua earum actum fuerit, aliae tolluntur“ erwähnt werden sollen. Das heißt also, die andere actio fällt weg, wenn mit der einen geklagt worden ist. Die zweite Klage wird durch die erste „absorbiert“.

Nun aber war strittig, wodurch die nicht erhobene Klage absorbiert wird, ob bereits durch die Klagerhebung, die litis contestatio, oder erst durch ein verurteilendes Erkenntnis, oder erst durch die Befriedigung des Gläubigers. Die herrschende Ansicht in der gemeinrechtlichen Natur ging bis Eisele[5] dahin, daß erst die tatsächliche Befriedigung des Gläubigers die andere Klage aufhebe, nicht schon die Klaganstellung.

---

[3] Zu den angezogenen Digestenstellen vgl. Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 218ff. und Merkel, Über den Konkurs der Aktionen 1877 S. 3ff.

[4] Savigny a. a. O. S. 209 hat daraus den Grundsatz entwickelt: das, was jemand durch eine Klage bereits erhalten hat, kann er nicht noch einmal mit einer anderen Klage fordern.

[5] Zur Lehre der Klagenkonkurrenz, im ArchZivPrax. Bd. 79 S. 329—405.

Savigny argumentiert: Jedes Klagrecht hört auf, wenn der Kläger auf andere Weise als durch diese Klage seine Befriedigung erlangt. Das ist nun der stets der Fall, wenn eine andere konkurrierende Klage diese Befriedigung bereits erwirkt hat.[6]) Demnach hat nur die wirkliche Leistung — gleichgültig ob sie freiwillig oder erst auf Grund eines rechtskräftigen Urteils erfolgt — diese aufhebende Kraft in der anderen Klage.[7])

Die Ansicht von der Absorption der anderen konkurrierenden Klage durch die Befriedigung des Gläubigers wird auch von anderen gemeinrechtlichen Schriftstellern geteilt, so von Martens,[8]) der das Erlangen eines verurteilenden Erkenntnisses der faktischen Befriedigung gleichstellt, da ja mit der aus dem Urteile entspringenden actio iudicati die Befriedigung erzwungen werden könne, ferner von Krüger,[9]) Vangerow,[10]) Merkel,[11]) Windscheid.[12])

Diesen Vertretern der sogen. „materiellen Konsumtion" steht lediglich Brinz[13]) gegenüber, der prozessuale Konsumtion (durch die Litiskontestation) annimmt, aber ohne die von Eisele (s. sogleich) herausgearbeitete Unterscheidung der konkurrierenden Klagen.

Eisele nämlich wies zum ersten Male nach,[14]) daß das römische Recht beide Arten des Untergangs der konkurrierenden Klagen kannte. Denn mehrere Quellenstellen[15]) lassen nach den in denselben gebrauchten Ausdrücken „keine andere Auffassung zu, als daß die Juristen, welche sie verfaßt haben, den Untergang der konkurrierenden actio als mit der Erhebung der

---

[6]) a. a. O. S. 214, 215.

[7]) a. a. O. S. 252, 253.

[8]) Konkurrenz und Kollision der römischen Zivilklagen, Leipzig 1856, S. 56.

[9]) Prozessualische Konsumtion und Rechtskraft, Leipzig 1864, S. 101.

[10]) Lehrb. der Pand. Bd. 3 7. Aufl. 1876 S. 588/89.

[11]) Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 1 8. Aufl. 1900 § 121 Anm. 9 S. 529.

[12]) a. a. O. S. 9/10.

[13]) Pand. Bd. 1 2. Aufl., Erlangen 1873, S. 343/44.

[14]) a. a. O. S. 333 ff., 360 ff.

[15]) s. die bei Eisele S. 350–359 angeführten.

anderen verknüpft sich dachten".[16]) Das ist, wie Eisele ausführt, stets der Fall, wenn das tolli, consumi, cessare, finiri etc. der actio an den Tatbestand des Klageerhebens (z. B. in l. 5 § 1 de calumn. (3, 6) an „si fuerit condictum", in l. 9 § 6 quot metus (4, 2) an „si ... quis egerit" usw.) geknüpft ist.

Diesen Stellen stellt Eisele diejenigen gegenüber, nach deren Wortlaut der Untergang der konkurrierenden Klage nicht schon mit der Klageerhebung, sondern erst mit der Befriedigung eintritt.[17]) Denn hier lassen ebenfalls bestimmte sich wiederholende Ausdrücke wie „si consecutus furerit", „cum alterutra actione rem servaverim" deutlich erkennen, daß in den betreffenden Stellen nicht die Klagerhebung, sondern erst die vollständige Befriedigung das Entscheidende für den Untergang der konkurrierenden Klage ist. Die Konkurrenzfälle der ersteren Art bezeichnet Eisele mit „Konsumtionskonkurrenz", die der letzteren mit „Solutionskonkurrenz".

In Fällen der Konkurrenz einer Kontrakts- mit einer reipersekutorischen Deliktsklage ist nach Eisele stets Konsumtionskonkurrenz vorhanden. Diesen Satz findet er darin bestätigt, daß die Stellen, in denen nach dem Wortsinn der konstant verwendeten Ausdrücke der Quellen das Erlöschen einer actio durch Klagerhebung angenommen werden muß, zusammenfallen mit denjenigen Quellenstellen, wo die konkurrierenden Ansprüche auf eandem rem im Sinne der Konsumtionsregel: ne bis sit actio de eadem re gehen.

Eiseles Beweisführung ist folgende[18]): Die Konsumtion durch die Litiskontestation tritt ein bei Einheit der Leistung. Einheit der Leistung (eadem res)[19]) besteht aber bei Einheit des Grundes, der causa: eadem causa — eadem res.

Was aber ist unter Einheit des Grundes zu verstehen? Eisele hat auf Grund eingehender Quellenforschung nach-

---

[16]) S. 349.

[17]) vgl. die Stellen auf S. 392 der Arbeit von Eisele.

[18]) a. a. O. S. 360ff.

[19]) Nicht des Zwecks; denn „Identität der Leistung" ist nicht gleichbedeutend mit „Identität des Zwecks". Die Einheit des Zwecks ist nicht durch die Einheit des Grundes bedingt.

gewiesen, daß das römische Recht unter causa einmal das Rechtsverhältnis versteht, aus dem der Anspruch entspringt. So ist das Eigentum die causa der rei vindicatio, das Leihverhältnis die causa der actio commodati usw. Sodann wird unter causa aber auch — und zwar im Falle der Konkurrenz einer Kontrakts- mit einer Deliktsklage — die rechtsverletzende Handlung verstanden, die den Anlaß zur Klage gibt, also beispielsweise die Beschädigung der Sache beim Zusammentreffen der actio legis Aquiliae mit der actio depositi.

In den Fällen nun, wo zwei Kontraktsklagen konkurrieren, z. B. bei Konkurrenz der actio pro socio mit der actio communi dividundo, liegen auch diversae causae vor, nämlich das Sozietätsverhältnis als causa der actio pro socio, und das Miteigentum als causa der actio communi dividundo. Die Mehrheit der causae bedingt, wenngleich es sich um ein und denselben Zweck handelt, doch eine Mehrheit von Leistungen (res), freilich von gleichen Leistungen.[20]) Mithin erlischt durch die Anstellung der einen actio nicht auch die andere, denn durch das Urteil wird nur über die eine causa entschieden.[21]) Erst mit der Befriedigung erlischt die andere actio. Es liegt Solutionskonkurrenz vor.

Wo dagegen eine der konkurrierenden Klagen eine Deliktsklage ist, ist mit der eadem causa auch eadem res, d. h. Identität der geschuldeten Leistung gegeben. Deshalb geht mit der Litiskontestation auf Grund der einen actio die andere unter nach dem Grundsatze: bis de eadem re ne sit actio (Konsumtionskonkurrenz).

Die Ansicht Eiseles hat keinen beachtenswerten Widerspruch gefunden. Nach Eisele ist vor allem Peters in seiner Abhandlung über die Klagenkonkurrenz[22]) dieser Theorie beigetreten, ebenso Siber,[23]) der eine vollständige Aufzählung der quellenmäßig bezeugten Fälle der Konsumtion bei Konkurrenz von reipersekutorischen Deliktsklagen mit Kontraktsklagen gibt,

[20]) Eisele a. a. O. S. 329, 367.

[21]) So daß z. B. der Kläger im Falle der Abweisung der Klage noch mit der anderen vorgehen kann.

[22]) a. a. O. S. 20ff.

[23]) Die Passivlegitimation S. 135ff.

und zwar sowohl für die vollständige als auch für die partielle Konkurrenz.[24]) Siber spricht in anschaulicher Weise im ersten Falle von Total-, im zweiten Falle von Kongruenzkonsumtion.

§ 3.

Das gemeine Recht.

Im gemeinen Recht hat die Aktionenkonkurrenz infolge des Aufhörens der Bedeutung der formula, die schon zu Justinians Zeit ihre Rolle ausspielte, keine praktische Bedeutung mehr. Die Meinung von Eisele[1]) und Wrzeszinski,[2]) daß im gemeinen Recht in bezug auf die Konkurrenzlehre dasselbe gelte wie im römischen Recht, da die Nichtrezeption der römischen Konkurrenzlehre nicht bewiesen werden könne, ist nicht, wie diese Autoren annehmen, im allgemeinen richtig, sondern gilt nur für die praktisch bedeutungslos gewordene Konkurrenz der Aktionen. Die Bedeutung liegt jetzt — wie oben erwähnt — bei der Konkurrenz der Ansprüche, und damit hat sich das Problem auf das materiellrechtliche Gebiet hinübergespielt.

So wurde es im gemeinen Recht streitig, ob es eine Konkurrenz von Kontrakts- und Deliktsansprüchen überhaupt gebe. Die Frage hing zusammen mit der, ob in den Fällen der sogen. Anspruchskonkurrenz eine Obligation mit mehreren Klagen vorliege, oder ob so viele Obligationen vorhanden seien als Klagen. Die Verfechter der ersten Ansicht, besonders Merkel[3]) und Dernburg[4]) müssen folgerichtig auch die Möglichkeit einer Anspruchskonkurrenz nach gemeinem Recht leugnen, da ja jetzt nicht mehr die Klagen- sondern die Anspruchskonkurrenz interessiert, während andere, so Windscheid,[5]) sich für das Vor-

---

[24]) a. a. O. S. 193 unter VII, 1 a und b.

[1]) a. a. O. S. 402.

[2]) a. a. O. S. 33/34.

[3]) a. a. O. S. 139—142, bes. S. 141.

[4]) Pandekten 6. Aufl. 1900 Bd. 1 § 39 S. 87.

[5]) Die actio des römischen Zivilrechts 1856 S. 32 und Pandekten 8. Aufl. 1900 § 121.

liegen mehrerer Obligationen und damit für die Anspruchskonkurrenz erklären.[6])

Es würde zu weit führen, hier auf die Kontroverse: „eine Obligation mit mehreren Klagen, oder so viel Obligationen als Klagen“ näher einzugehen. Diese Erwägungen vollzog man auch durchaus nicht immer. Man nahm vielmehr das Bestehen solcher Konkurrenzfälle an, weil die Aktionenkonkurrenz quellenmäßig bezeugt war und man den Unterschied von actio und Anspruch, wie ihn zuerst Bekker (s. oben) betonte, nicht beachtete. So ist die Annahme der Konkurrenz der Ansprüche im gemeinen Recht zu allen Zeiten herrschend gewesen.[7]) Das beweist auch die aus dieser Ansicht sich ergebende Hauptstreitfrage im gemeinen Recht — sie spielt im heutigen Recht noch dieselbe Rolle — ob das Vertragsverhältnis einen modifizierenden Einfluß auf die actio ex delicto ausübt, ob also die deliktische Klage auch wegen leichten Versehens dann begründet ist, wenn in dem Vertragsverhältnis der Kontrahent nur wegen Vorsatzes oder groben Verschuldens verantwortlich ist, z. B. ob die Aquilische Klage gegen den Depositar angestrengt werden kann, der für die Beschädigung der hinterlegten Sache nur für dolus und culpa lata haftet.

Zwei Hauptansichten lassen sich unterscheiden: Die einen nehmen einen solchen Einfluß der Obligation an. Sie lassen lediglich die aus dem Vertrage folgende Haftung maßgebend

---

[6]) Ebenso Eisele a. a. O. S. 331/32 und Peters a. a. O. S. 39.

[7]) Nach der Meinung Sibers (a. a. O. S. 221, 225/26) freilich nicht mit Recht, denn Siber nimmt Identität des Entstehungsgrundes an. Wie oben erwähnt, kann neben Identität der Subjekte und der Leistungspflicht nicht noch Identität des Entstehungsgrundes bestehen, wenn nicht die Anspruchskonkurrenz entfallen soll. Nach Siber ist nun der Entstehungsgrund ein „sogen. historischer Vorgang“, z. B. die Beschädigung der Sache. Da nun der Anspruch auf Ersatzleistung (z. B. aus dem Mietvertrage) sich nicht mit der actio locati, sondern mit dem, was „in actione est“ decke, so sei der Anspruch auf Ersatz wegen Beschädigung nicht schon mit dem Vertragsschluß, sondern erst — gleichwie der Aquilische Ersatzanspruch — mit dem Vorgange der schädigenden Handlung begründet. Also liege Identität des Entstehungsgrundes vor. Gegensatz dazu: Die actio locati und die actio legis Aquiliae, die wegen Verschiedenheit des Entstehungsgrundes miteinander konkurrieren.

sein, lassen also in Fällen, wo die Aquilische Klage mit einer nur geringere Sorgfalt verlangenden Kontraktsklage zusammentrifft, die erstere mit ihrer Haftung für omnis culpa nicht zu. Denn, so sagen sie, wenn man z. B. bei leicht fahrlässiger Beschädigung einer deponierten Sache die Aquilische Klage zulassen wollte, würden alle Regeln von den verschiedenen Graden der culpa in den Verträgen illusorisch sein. Es könnte dann von dem Kontrahenten vermöge der actio legis Aquiliae ein höherer Grad von Sorgfalt gefordert werden, als wozu er nach dem abgeschlossenen Vertrage verbunden wäre. Dieser Ansicht sind besonders die bei Glück[8]) angeführten älteren gemeinrechtlichen Schriftsteller, ferner Hänel,[9]) Thibaut[10]) und Pernice,[11]) welcher letztere einen Beweis der Richtigkeit dieser Ansicht in den viel genannten Digestenstellen l. 27 § 29 ad legem Aquiliam (9, 2) und l. 30 § 2 locati (19, 2) erblickt.[12]) Auch Pernice kommt zu dem Schluß, daß, weil bei derartigen Verträgen die gesetzliche Haftung für nur gröberes Verschulden mangels besonderer Abmachung von den Parteien gewollt sei, diese beiderseitige Erwartung illusorisch sein würde, wenn die lex Aquilia wegen geringen Versehens zulässig wäre.[13])

Andere Schriftsteller[14]) stellen den Satz auf, daß es bei der Frage, wieweit die lex Aquilia im Vertragsverhältnis anwendbar sei, darauf ankomme, ob der Schaden durch ein schuldhaftes Tun (durch sogen. culpa in faciendo oder culpa facti proprii) oder

---

[8]) Erläuterungen der Pandekten Bd. 10 S. 311.

[9]) Versuch einer Darstellung der Lehre vom Schadensersatze, Leipzig 1823, S. 44/45.

[10]) System des Pandektenrechts Bd. 1 8. Aufl. 1834 3. Buch S. 151, der jedoch keine nähere Begründung gibt.

[11]) Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht 1867 S. 79—85.

[12]) a. a. O. S. 79—83. Diesen Stellen ist jedoch mit Vangerow (vgl. unten) eine andere Deutung beizulegen.

[13]) a. a. O. S. 85.

[14]) vgl. die bei Glück, Erläuterungen der Pandekten Bd. 10 S. 312/13 Genannten, unter denen besonders Georg Friedrich Krause und Egid v. Löhr in seinen „Beiträgen zur Theorie der culpa", Gießen und Darmstadt 1808 (bes. S. 20/21) hervorgehoben sein.

durch ein schuldhaftes Unterlassen (durch culpa in non faciendo oder culpa custodiae) entstanden sei. Nur im ersteren Falle sei die Aquilische Klage stets anwendbar, ohne daß auf einen Grad der culpa Rücksicht genommen zu werden brauche, während im zweiten die lex Aquilia nicht herangezogen werden könne. Denn wer in keinem Obligationsverhältnis stehe, könne zwar verlangen, daß keines seiner Rechte durch einen anderen verletzt werde, könne aber von seinem Mitbürger kein positives Handeln zur Abwendung schädlicher Einflüsse verlangen. Eine derartige Pflicht könne nur durch Vertrag begründet werden.[15])

Die Vertreter dieser Ansicht gehören schon zur zweiten Gruppe, da die Fälle der Schadenszufügung durch Unterlassung als die Ausnahme, die der Beschädigung durch positive Handlung als die Regel angesehen werden. Wenn man nun auch in vielen Fällen nach dieser Lehre das Richtige treffen würde, so ist doch zu beachten, daß Delikte auch durch Unterlassung begangen werden können. Vor allem aber ist darauf hinzuweisen, daß die Einteilung in culpa in faciendo und culpa in non faciendo wenn auch nicht „dem Grundgedanken nach", so doch „der Absicht nach" zusammenfällt[16]) mit der Einteilung in aquilische und außeraquilische culpa,[17]) zumal man „tatsächlich unter culpa in faciendo nie etwas anderes als die zum Tatbestande der lex Aquilia gehörige culpa verstanden hat".[18]) Eine Verschiedenheit von aquilischer und außeraquilischer culpa aber kennt das justinianische und das gemeine Recht nicht.[19])

---

[15]) So bes. v. Löhr in seinem Magazin für Rechtswissenschaft Bd. 4, Gießen 1844, S. 486.

[16]) v. Löhr, Übersicht der Lehre von der culpa, in seinem Mag. f. Rechtsw. Bd. 4 S. 487 sagt ausdrücklich, daß die culpa durch Handlungen und die aquilische culpa ihrer Natur nach ein und dasselbe seien; ebenso auf S. 489.

[17]) And. M. ist nur Hasse, Die culpa des römischen Rechts 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg, Bonn 1838, S. 105—125, welcher den Unterschied zwischen culpa in faciendo und culpa in non faciendo verwirft, dagegen an der Unterscheidung aquilischer und außeraquilischer Schuld festhält.

[18]) Pernice, Sachbeschädigung S. 49, 50.

[19]) Wohl aber machten die älteren Juristen (vor der klassischen Jurisprudenz) einen solchen Unterschied. Sie forderten für die aquilische

Ganz zur zweiten Gruppe, die die aquilische Klage stets zuläßt, auch wenn die einen höheren Verschuldensgrad verlangende Kontraktsklage deshalb nicht begründet ist, weil ein so grobes Verschulden nicht vorliegt, gehören von den älteren Pandektisten Glück,[20]) Hasse,[21]) Göschen[22]) und Mühlenbruch.[23]). Sie[24]) begründen die Ansicht damit, daß die Kontraktsklage unmöglich jemanden berechtigen könne, dem anderen einen Schaden ohne Ersatz zuzufügen, für den er ohne das Vorhandensein eines Vertragsverhältnisses verantwortlich sein würde. Von den neueren gehört hierher auch Windscheid-Kipp,[25]) der den Satz aufstellt: „Dadurch, daß der Beschädigende zu dem Beschädigten in einem besonderen Rechtsverhältnis steht, welches ihn nur zur Verhaftung wegen Arglist verpflichtet, hört er nicht auf, aus der Beschädigung als solcher auch wegen Nachlässigkeit zu haften". (Natürlich will er das auch für die Vertragsverhältnisse gesagt haben, durch die jemand zur Verhaftung wegen Arglist und groben Verschuldens verpflichtet wird.)

Auf demselben Standpunkte wie die Vorgenannten steht

---

culpa eine Handlung (Pernice, Labeo Bd. 2 Abt. 1 2. Aufl. 1895 S. 127 f. und Abt. 2 2. Aufl. 1900 S. 61). Denn ursprünglich hatte man bei der Sachbeschädigung nur damna corpore corpori data im Auge. Es schwebten deshalb den älteren Juristen bei der aquilischen Klage nur Fälle unmittelbarer oder vorsätzlicher Beschädigung vor. Ein Rest dieser Auffassung findet sich nach Pernice (a. a. O. Bd. 2, I S. 128) noch bei dem klassischen Juristen Julian (l. 13 § 2 de usufr. 7, 1). Erst die klassischen Juristen — mit Ausnahme Julians — haben die culpa in der lex Aquilia ebenso wie bei den Verträgen als Außerachtlassung der Sorgfalt bezeichnet (vgl. die bei Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte 1867 S. 51, 52 aufgeführten Digestenstellen), so daß also im justinianischen und gemeinen Rechte auch bei Beschädigung durch Unterlassung die aquilische Klage gegeben ist.

[20]) a. a. O. S. 315—317.

[21]) Die culpa des römischen Rechts S. 128, 129.

[22]) a. a. O. § 592 (S. 569).

[23]) Lehrb. des Pandektenrechts Teil 2 1840 S. 298.

[24]) So wenigstens Glück a. a. O. S. 315/16 und Hasse a. a. O. S. 129. Die beiden anderen enthalten sich der Begründung, aber sie wurden wohl von demselben Gesichtspunkte geleitet.

[25]) Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 2 9. Aufl. 1906 § 455 Nr. 12 (S. 976).

auch Vangerow,[26]) der nur dadurch von ihnen sich unterscheidet, daß er die Fälle, bei denen infolge Vorhandenseins eines obligatorischen Verhältnisses die culpa überhaupt aufgehoben, die Handlung durch das Vertragsverhältnis also zu einer erlaubten werde, ausdrücklich ausnimmt. Welcher Art die auszuschließenden Fälle sind, zeigen die von Vangerow angeführten schon oben genannten beiden Stellen l. 27 § 29 ad legem Aquiliam (9, 2) (Paulus) und l. 30 § 2 locati (19, 2) (Alfenus). Wenn jemand einem Handwerker eine leichtzerbrechliche Sache, z. B. einen schon schadhaften Becher, zur Bearbeitung übergibt, und dieser Becher dem Handwerker unter den Händen zerbricht, so handelt der Handwerker schuldlos, weil durch das Schuldverhältnis (den Werkvertrag) seine Handlung gerechtfertigt wird, während er den Becher ersetzen müßte, wenn er unberufen mit ihm sich befaßt hätte. Oder wenn der gemietete Esel, der innerhalb des vertragsmäßigen Maßes belastet ist, Schaden nimmt, weil er zu schwach ist, so haftet der Mieter nicht aus dem Vertrage, denn er handelte innerhalb seiner vertragsmäßigen Befugnisse, und eben weil die culpa fehlt, haftet er auch nicht deliktisch. Oder, um ein alltägliches Beispiel zu wählen, wenn der Mieter einer Wohnung durch langjähriges Wohnen den Fußboden abgenutzt hat, so ist seine Handlung nicht kulpos, denn die Abnutzung ist durch den Mietvertrag, nach dem dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der Sache überlassen worden ist, gerechtfertigt. Er haftet deshalb auch nicht deliktisch.[27])

Im übrigen läßt auch Vangerow die deliktische Klage stets zu, auch wenn sie mit einer nur höhere Verschuldensgrade fordernden Kontraktsklage, wie z. B. der actio depositi, zusammen-

---

[26]) Lehrb. der Pand. Bd. 3 7. Aufl. 1896 § 681 Anm. 3 (S. 588—592).

[27]) Die Notwendigkeit der Abtrennung dieser Fälle erkennt auch Dernburg (Pund. Bd. 2 6. Aufl. 1900 S. 363 Anm. 22) an. Übrigens hatte schon Hagemeister in seiner ausführlichen Abhandlung: „Welchen Einfluß hat das zwischen dem Beschädigten und dem Beschädiger vorhandene Obligationsverhältnis auf die Zulässigkeit der Klage aus der lex Aquilia?“ in Löhrs Mag. f. Rechtsw. Bd. 3 1820 (S. 145—173) darauf hingewiesen, daß der in den Grenzen eines Vertragsverhältnisses Handelnde nicht unbefugt handele, und solche Fälle von der Diskussion überhaupt auszuscheiden seien, da bei ihnen weder die Kontrakts- noch die Deliktsklage zulässig sei.

trifft. Denn, so führt Vangerow[28]) aus, wenn jemand in einem Schuldverhältnis nur für culpa lata oder diligentia quam suis zu haften habe, so beziehe sich diese Einschränkung der Haftung nur „auf die besonderen Obliegenheiten, die eben aus diesem Obligationsnexus für ihn entstehen, nicht aber auch auf die Verbindlichkeiten, die er, sozusagen, als Mensch dem Menschen gegenüber zu beobachten" habe. Den Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht erblickt Vangerow einmal darin, daß der Gegenbeweis nicht erbracht werden könne, daß, wenn in einem Schuldverhältnis nur für culpa lata und dolus gehaftet werden müsse, jedes geringe Versehen gar nicht als culpa angesehen werden dürfte, sowie in den Quellenstellen selbst, die allgemein von der Konkurrenz der Delikts- mit der Kontraktsklage sprechen und Einschränkungen für den Fall der Konkurrenz einer Deliktsklage mit Klagen aus Kontrakten, in denen nur für höheres Verschulden zu haften ist, nicht machen.[29])

Der Ansicht Vangerows schließt sich auch Dernburg[30]) an, der auch die Begründung Vangerows übernimmt. Die Ansicht der Autoren, welche die deliktische Klage auch wegen leichten Versehens zulassen, wenngleich der Schädigende auf Grund eines gleichzeitigen Vertragsverhältnisses nur für Vorsatz und grobes Verschulden haftbar ist, war am Ende des gemeinen Rechts herrschend und hat auch für das Bürgerliche Gesetzbuch ihre Verfechter gefunden.

---

[28]) a. a. O. S. 590.

[29]) a. a. O. S. 591.

[30]) Pand. Bd. 2 6. Aufl. 1900 § 131 Anm. 22 (S. 363). Im System des römischen Rechts (der 8. Aufl. der Pand.) 1912 wird die Frage nicht mehr erörtert.

B. Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 4.

Die Bedeutung des Problems für das Bürgerliche Gesetzbuch.

Während im römischen Rechte nach den Quellenzeugnissen eine Klagenkonkurrenz zweifellos bestanden hat, wurde es im gemeinen Rechte, wie wir oben gesehen haben, schon bestritten, ob es eine Anspruchskonkurrenz gebe. Erst recht ist diese Frage bestritten für das heutige bürgerliche Recht. Während aber im römischen Recht die Klagenkonkurrenz etwas rein Prozessuales war, liegt für das heutige Recht die Frage nach dem Bestehen einer Anspruchskonkurrenz lediglich auf materiellrechtlichem Gebiete.

Das Problem der Anspruchskonkurrenz hat für das Bürgerliche Gesetzbuch nichts an Bedeutung eingebüßt. Die Frage, ob eine Vertragsverletzung oder ein Delikt oder beides vorliegt, ist oft von größter Bedeutung, da gewisse gesetzliche Bestimmungen nur für die unerlaubten Handlungen oder nur für die Verträge in Betracht kommen. So entsteht hinsichtlich der gerichtlichen Geltendmachung die Frage, ob bei Anspruchskonkurrenz neben dem allgemeinen Gerichtsstande das Forum des Erfüllungsorts (§ 29 ZPO.) mit dem Gerichtsstande der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO.) konkurriert.

Weiter finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch Bestimmungen, die nur den unerlaubten Handlungen eigentümlich sind.

Hierher gehören § 273 Abs. 2, wonach das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen, die jemand auf den von ihm herauszugebenden Gegenstand gemacht hat, ausgeschlossen ist, wenn

er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat; ferner § 393 BGB., wonach gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung die Aufrechnung nicht zulässig ist.

Die Entscheidung, ob Vertragsverletzung oder Delikt vorliegt, ist ferner von Bedeutung im Falle des § 829. Hiernach hat der, dem eine unerlaubte Handlung zur Last fällt, trotz mangelnder Verantwortlichkeit — wenn nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten Ersatz erlangt werden kann —, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit eine Schadloshaltung erfordert.

Wichtig ist ferner, daß man sich bei unerlaubter Handlung auch an den Anstifter und Gehilfen halten kann (§ 830 BGB.), während man bei Vertragsverletzung nur den Täter in Anspruch nehmen kann.

Verschieden ist ferner die Haftung für schädigende Handlungen durch Dritte. Obwohl nach § 831 derjenige, der einen andern zu einer Verrichtung bestellt, grundsätzlich zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt, so hat er doch die Möglichkeit, sich zu exkulpieren. Dagegen fehlt nach § 278 diese Möglichkeit dem in Erfüllung eines Vertrags handelnden Schuldner. Er haftet für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und anderer Dritter wie für sein eigenes Verschulden.

Die §§ 842 — 845 und 847 gewähren dem Geschädigten oder dessen Hinterbliebenen eine Reihe Rechte, die auf Grund eines etwa bestehenden Vertrags nicht gewährt werden könnten. So gewährt der § 847 im Falle der Körper- und Gesundheitsverletzung Ersatz auch für den immateriellen Schaden. Der Arzt, der durch fehlerhafte Behandlung den Körper oder die Gesundheit seines Patienten verletzt, kann auf Zahlung eines Schmerzensgeldes nach § 847 nur in Anspruch genommen werden, wenn sein Verhalten ein Delikt, nicht, wenn es eine Vertragsverletzung ist.

Durch das Vorstehende sollte dargetan werden, wie notwendig es ist, bei jedem Falle genau festzustellen, ob ein Delikt oder eine Vertragsverletzung vorliegt. Die Vertreter der freien Konkurrenz der Ansprüche aus Vertrag und Delikt tun dies aber

nicht, sondern sehen in jeder Vertragsverletzung, durch die eine Verletzung der in § 823 Abs. 1 besonders geschützten Rechte eintritt, zugleich ein Delikt.

Besondere Schwierigkeiten entstehen bei der Annahme der Anspruchskonkurrenz wegen der Verschiedenheit der Haftungsvoraussetzungen sowie der Verschiedenheit der Vorschriften über die Verjährung nach Vertrags- oder Deliktsrecht. Der Schenker und der Verleiher haften nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§§ 521, 599 BGB.), der Verwahrer, der die Aufbewahrung unentgeltlich übernimmt, haftet nur für diligentia quam suis (§ 690 BGB.). Weiter haben der Schenker und der Verleiher nur bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers der verschenkten oder verliehenen Sache für den daraus entstehenden Schaden einzutreten (§§ 524, 600 BGB.). Es fragt sich nun, ob die bezüglich des Vertragsrechts getroffenen Einschränkungen der Haftung auf höhere Verschuldensgrade auch gegenüber dem Deliktstatbestand durchgreifen, ob die Haftung aus dem Vertrag oder die deliktische Haftung für omnis culpa maßgebend sein soll.

Die Schwierigkeiten hinsichtlich der Verjährung bestehen darin, daß die deliktische Verjährungsfrist nach § 852 drei Jahre beträgt von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt, höchstens aber dreißig Jahre von der Begehung der Handlung an, während die vertragsrechtliche Verjährungsfrist je nachdem die regelmäßige dreißigjährige oder eine zweijährige (§ 196), oder eine noch kürzere (z. B. sechs Monate im Falle des § 558) ist. Welche soll beim Zusammentreffen von Ansprüchen aus Vertrag und Delikt den Vorzug verdienen?

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich, wie die Mehrzahl der deutschen Partikulargesetze, der Regelung der Materie enthalten, da, wie die Motive sagen, „eine zweifelsfreie Fassung des maßgebenden Grundsatzes sich überhaupt nicht wohl finden“ lasse.[1]) Man war sich der Schwierigkeit, diese Materie zum Gegenstande gesetzlicher Bestimmungen zu machen, bewußt, indem man auf die bezüglichen Vorschriften in § 149 sächs. BGB. und in Art. 320

[1]) Mot. z. Entw. eines BGB. Bd. 1 1896 S. 278.

des Dresdner Entwurfs hinwies, die selbstverständlich seien und durch ihre Fassung nur zu Mißverständnissen Anlaß geben könnten.[2])

Die herrschende Lehre nimmt Konkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktsansprüchen an. Da die Materie latentes Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist, so spricht die Vermutung allerdings für das Bestehen der Konkurrenz.[3]) Der Hinweis auf die Geschichte, besonders auf die Existenz der Konkurrenz im römischen Rechte und ihre Übernahme in das gemeine Recht, begründet aber auch nur eine Vermutung, die um so eher widerlegt werden kann, als das Bürgerliche Gesetzbuch ein einheitliches und systematisches Ganzes ist, das aus sich selbst interpretiert werden will.

Es ist vor allem und zunächst der Frage näher zu treten, ob das Bürgerliche Gesetzbuch überhaupt eine Konkurrenz der Ansprüche aus Vertrag und Delikt kennt. Mit Recht sagt Endemann[4]): „Vielfach wird der Fehler begangen, daß man sofort die Frage, wie die Konkurrenz zu lösen sei, voranstellt, ohne vorher sorgfältig zu prüfen, ob überhaupt beide nebeneinander bestehen". Es ist aber von praktischer Bedeutung, daß man darüber klar ist, ob Anspruchskonkurrenz oder — wie die Gegner der Anspruchskonkurrenz annehmen — Gesetzeskonkurrenz vorliegt. Denn von der Feststellung, ob Anspruchskonkurrenz vorliegt oder nicht, hängt die Mehrheit oder Einheit von Rechtsfolgen ab. Eine Mehrheit der Ansprüche bedeutet notwendig auch die Mehrheit der rechtlichen Wirkungen, während bei Gesetzeskonkurrenz nur eine einfache Rechtswirkung eintritt. Hieraus ergeben sich die bedeutsamsten praktischen Unterschiede,

---

[2]) Der § 149 sächs. BGB. lautet: „Wenn mehrere Klagen aus demselben Grunde zur Erreichung eines und desselben Zwecks zustehen, und eine derselben zum Ziele geführt hat, so erledigen sich die übrigen. Ist der Gegenstand der zusammentreffenden Klagen von ungleichem Umfange und die Klage von geringerem Umfange durchgeführt worden, so kann mit der anderen Klage das Mehrere nachgefordert werden".

[3]) So auch v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB., Berlin 1898, S. 12.

[4]) Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 8. Aufl. 1903 S. 1257 Anm. 9.

z. B. ob ein Berechtigter zwei Rechtsbehelfe, zwei Rechte hat oder nur eines, ob er nach Erlöschen des einen das andere behält usw. Selbst wo im materiellen Rechte die Bedeutung nicht sehr hervortritt, übt der Gegensatz von Einheit und Mehrheit der Ansprüche im Prozesse einen tiefgehenden Einfluß aus.

§ 5.

Übersicht über die vertretenen Meinungen.

Die Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung würden stets miteinander konkurrieren, wenn die Vertragsverletzung durch den Schuldner stets ein Delikt im Sinne der §§ 823 Abs. 1 oder 823 Abs. 2 oder 826 wäre. Da die Frage, ob diese Ansprüche stets miteinander konkurrieren müssen, für die weitere Behandlung unseres Themas von Wichtigkeit ist, so wollen wir gleich an dieser Stelle darauf eingehen.

Wäre es der Fall, so müßte einmal die Forderungsverletzung unter die Verletzung der im § 823 Abs. 1 genannten „sonstigen Rechte" fallen. Obgleich diese Frage vielfach erörtert und von der überwiegenden Mehrheit der Autoren verneint worden ist, findet auch die entgegengesetzte Ansicht Vertreter. Der Wortlaut des Gesetzes erweckt allerdings nach der Fassung den Anschein, als ob alle Rechte, mithin auch Rechte aus Schuldverhältnissen, umfaßt sein sollten.

So wird dies bejaht von Kohler,[1]) Crome[2]) und Cosack.[3]) Kohler erblickt in jeder vorsätzlichen Verletzung eines Schuldrechts durch den Schuldner ein Delikt. Eine Begründung dazu gibt Kohler nicht. Nach Crome und Cosack fallen zwar alle Forderungsrechte „zweifellos" unter § 823 Abs. 1, doch wollen die letzteren, wenn die Verletzung vom Verpflichteten selbst ausgeht, hierin kein Delikt erblicken, so daß sie also im Ergebnis mit der herrschenden Lehre übereinstimmen. v. Liszt teilt zwar de lege lata die allgemeine Auffassung, de lege ferenda

[1]) Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 2 1906 S. 39, 156, 526.

[2]) System des deutschen bürgerl. R. Bd. 2 1902 S. 1020.

[3]) Lehrb. des deutschen bürgerl. R. Bd. 1 5. Aufl. 1909/10 S. 676.

aber führt er aus[4]): „Die schuldhafte widerrechtliche Verletzung eines Forderungsrechts ist für das unbefangene Auge in ihren rechtlichen Voraussetzungen wie in ihren rechtlichen Wirkungen ganz gleich der schuldhaften, widerrechtlichen Verletzung eines dinglichen Rechts", und beruft sich darauf, daß z. B. der Vertragsbruch des Armeelieferanten nach § 329 StGB. als Vergehen bestraft würde, privatrechtlich aber nicht als Delikt erscheine. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Vergleich mit dem Strafrecht unzulässig ist, denn Strafe und Ersatzverbindlichkeit sind etwas ganz Verschiedenes. Es ist sehr wohl verständlich, daß das Gesetz mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse eine Vertragsverletzung mit Strafe bedroht; dadurch muß sie aber keineswegs auch zu einem zivilrechtlichen Delikt werden.

Gegen die Auffassung, die der Wortlaut des § 823 Abs. 1 im ersten Augenblick zuläßt, hat man verschiedene Gründe angeführt, so daß sich die Worte „oder ein sonstiges Recht" nur an das Wort „Eigentum" anschlössen, da die vorher genannten Lebensgüter nicht Rechte sondern nur „Gegenstände von Rechten" seien.[5]) Ferner hat man den Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs ins Feld geführt. Aus dem Wortlaut der §§ 437 u. 365 BGB. ergebe sich, daß, wenn ein Rechtssatz auch auf das Forderungsrecht Anwendung finden solle, das Forderungsrecht neben dem sonstigen, dem anderen Rechte, stets besonders erwähnt werde.[6])

Weiter haben sich Enneccerus,[7]) Fischer,[8]) Langheineken,[9]) Eltzbacher[10]) übereinstimmend dahin geäußert, daß die Verletzung obligatorischer Pflichten deshalb nicht unter § 823 Abs. 1 falle, weil die allgemeine Bestimmung des § 823

---

[4]) Die Deliktsobligationen im System des BGB., Berlin 1898, S. 10/11.

[5]) Planck a. a. O. Bd. 1 S. 57; Oertmann a. a. O. S. 1051; Fischer a. a. O. S. 71.

[6]) So Prym a. a. O. S. 22 und die Rechtsprechung des Reichsgerichts (E. Bd. 57 S. 355).

[7]) Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1, 2 6.–8. Aufl. S. 627.

[8]) a. a. O. S. 89 ff.

[9]) Anspruch und Einrede 1903 S. 183.

[10]) Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerl. R. Bd. 1 1903 S. 284 ff.

Abs. 1 hinter den besonderen Vorschriften über obligatorische Verhältnisse zurücktrete, also unter Berufung auf den Satz: lex specialis derogat legi generali, eine Begründung, die aber nur dann zutrifft, wenn hier wirklich ein solches Verhältnis der Spezialität vorliegt.[11]) Endlich sei auch noch auf die Arbeiten von Jung,[12]) Linckelmann,[13]) Eck[14]) hingewiesen, die sämtlich die Verletzung des Forderungsrechts nicht als unter § 823 Abs. 1 fallend betrachten. Diese Hinweise mögen genügen; näher darauf einzugehen, ist hier nicht der Ort.

Die Wissenschaft lehnt es also allgemein ab, daß die Forderungsrechte durch § 823 Abs. 1 geschützt seien. In diesem Sinne äußern sich auch die Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, auf die hier kurz hingewiesen sei,[15]) sowie auch die Rechtsprechung.[16])

Es ist also die allgemein herrschende Ansicht, daß die Forderungsrechte nicht unter den Ausdruck „sonstiges Recht" subsumiert werden dürfen.[17]) Es steht weiter zur Frage, ob in

---

[11]) vgl. darüber unten §§ 8 u. 9.

[12]) Delikt und Schadensverursachung, Heidelberg 1897, S. 33.

[13]) Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung, Berlin 1898, S. 20f.

[14]) Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB., Berlin 1903, S. 601.

[15]) In Mot. Bd. 2 S. 727 heißt es: „Widerrechtlich ist auch die Verletzung eines Rechtes aus einem Schuldverhältnisse. Aber wie aus einem solchen nur ein Recht gegen den Schuldner entsteht, so kann auch nur der Schuldner einer Verletzung dieses Rechts sich schuldig machen. Diese Rechtsverletzung ist überhaupt nicht Gegenstand der Vorschriften über die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen. Die durch dieselbe begründeten Verpflichtungen sind nur Verpflichtungen aus dem bestehenden Schuldverhältnisse selbst". Und in Bd. 3 S. 392 sagen sie: „Der Entwurf geht davon aus, daß nur absolute Rechte durch Delikte verletzbar sind, und daß die Nichterfüllung seitens des Schuldners gegenüber dem Gläubiger kein Delikt ist".

[16]) vgl. die Entscheidungen des Reichsgerichts v. 19.12.1902 (E. Bd.53 S. 201) und v. 19. 12. 1904 (E. Bd. 59 S. 357).

[17]) D.h. bei der Verletzung des Forderungsrechts durch den Schuldner, an die in diesem Zusammenhange nur gedacht werden kann. Für die Verletzung durch einen Dritten gilt das Gesagte nicht. Hier lassen viele § 823 Abs. 1 Platz greifen.

der Vertragsverletzung ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 vorliegt. Auch hier könnte zunächst die allgemeine Fassung des Gesetzes zur Bejahung der Frage führen. Denn dem Schuldner sind seine obligatorischen Pflichten in der Regel zum Schutze des Gläubigers auferlegt. Jedoch ist, wie Detmold[18]) dargelegt hat, der Ausdruck des Gesetzes enger auszulegen. Detmold lehnt sich an die von den Motiven[19]) gemachte Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Geboten und Verboten an. Unter Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 sind danach nur gesetzliche Vorschriften zu verstehen, welche der Allgemeinheit Pflichten gegenüber den Geschützten auferlegten, nicht solche, die nur einen einzelnen auf Grund eines besonderen obligatorischen Verhältnisses verpflichten.

Endlich läßt sich die Vertragsverletzung auch nicht in jedem Falle unter den § 826 subsumieren. Hier braucht nur darauf hingewiesen zu werden, daß als Verstoß gegen § 826 nur vorsätzliches Handeln in Betracht kommt.

So ist die Meinung, daß die Ansprüche aus Vertrag und Delikt stets konkurrieren müßten, als überwunden anzusehen, und wird auch nicht mehr ernstlich geltend gemacht. Jetzt stehen sich nur noch zwei große Gruppen gegenüber, von denen die erste meint, daß eine Konkurrenz sehr wohl bestehen könne, aber nicht bestehen müsse, während die anderen jede Konkurrenz leugnen. Wir nennen die ersteren die Vertreter der Anspruchskonkurrenz im Gegensatz zur zweiten Gruppe, nach deren Ansicht nur ein Anspruch in Wirksamkeit tritt. Diese sind die Vertreter der Gesetzeskonkurrenz.

Die Anspruchskonkurrenz wird vertreten von v. Liszt,[20]) Krückmann,[21]) Prym,[22]) Isay,[23]) Endemann,[24]) Crome,[25]) Cosack,[26]) v. Blume,[27]) Bindseil,[28]) Lent.[29])[30])

---

[18]) Der Begriff des Schutzgesetzes in § 823 BGB. (in der Festgabe für Regelsberger), Leipzig 1901, S. 319ff., 325.

[19]) Bd. 2 S. 726.

[20]) Die Deliktsobligationen im System des BGB. S. 9ff.

[21]) Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung, ein Beitrag zur Lehre der zivilrechtlichen Gesetzeskonkurrenz, in JheringsJ. Bd. 52 S. 428ff.

Auch Fischer[31]) gehört in Wahrheit hierher. Nach Fischers eigener Ansicht ist freilich nur ein Anspruch vorhanden, aber ein Anspruch, „der eine mehrfache juristische Beleuchtung erhält", der verschieden „begründet" werden kann. Dieser Anspruch besteht nach ihm aus einer Zusammensetzung von Vertrags- und Deliktsbestimmungen, so daß sowohl die Rechtsfolgen der Vertragsverletzung, als die des Delikts eintreten können.[32]) [33])

Die Konstruktion eines solchen Anspruchs ist aber unmöglich. Denn mit der doppelten Begründung (einmal nach Vertrags-, dann nach Deliktsrecht) werden auch doppelte Ansprüche behauptet. Denn was soll es heißen: ein Anspruch wird „begründet"? Der Ausdruck soll dasselbe besagen, wie: ein Anspruch wird substantiiert bezw. individualisiert. Man kann einen Anspruch

---

[22]) Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung nach dem Recht des BGB. 1906.

[23]) Geschäftsführung nach dem BGB. für das Deutsche Reich 1900 S. 401.

[24]) Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 8. Aufl. 1903 S. 1259.

[25]) System des deutschen bürgerl. R. Bd. 1 1900 S. 532 und DJZ. Jahrg. 1904 S. 14ff.

[26]) Lehrb. des deutschen bürgerl. R. Bd. 1, 2 5. Aufl. 1909/10 S. 688 unter VI, 1.

[27]) Vertragshaftung und Deliktshaftung, Tiergefahr und Vertragsgefahr im Recht 9. Jahrg. 1905 S. 481ff.

[28]) Die Konkurrenz des Vertragsanspruchs mit dem Deliktsanspruch, Diss. Halle 1909.

[29]) Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. R. und Zivilprozeß Bd. 1 1912 S. 275—291.

[30]) Außerdem in den Dissertationen von Behrend, Die Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage, Greifswald 1901; Stipanski, Die Konkurrenz der Deliktsklage mit der Kontraktsklage, Greifswald 1901; Wrzeszinski, Die Konkurrenz der Ansprüche nach dem gemeinen Recht und dem Recht des BGB., Freiburg 1902; Hummel, Das Zusammentreffen der Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung nach BGB., Jena 1911.

[31]) a. a. O. S. 92ff., 104ff., 109ff.

[32]) a. a. O. S. 104—109.

[33]) Ebenso ist Leonhard, Der Allgem. Teil des BGB., Berlin 1900, S. 198 der Ansicht, daß ein Anspruch mit doppelter Begründungsmöglichkeit vorliege.

nicht in verschiedener Weise substantiieren bezw. individualisieren. Wer einen Anspruch geltend macht, muß die rechtsbegründenden Tatsachen oder nach der Individualisierungstheorie das ihm zugrundeliegende Rechtsverhältnis darlegen. Er muß also alles vorbringen, was den Anspruch substantiiert oder individualisiert. Er darf aber auch nicht mehr vorbringen, wenn er nicht die Absicht hat, einen neuen Anspruch geltend zu machen. Es ist also nicht möglich, einen Anspruch verschieden zu begründen, weil es nicht möglich ist, ihn verschieden zu individualisieren oder zu substantiieren.

Die mehrfache Begründung des Anspruchs ist in Wahrheit Geltendmachung mehrerer Ansprüche. Wenn nach Fischer der Kläger die Wahl hat, seinen Anspruch auf Schadensersatz — wenn z. B. der Mieter eine dem vermietenden Kläger zu Eigentum gehörende Sache zerstört hat — auf die Bestimmungen des Vertrags- oder des Deliktsrechts zu „stützen", so daß sowohl die Rechtsfolgen aus dem Vertrag als aus dem Delikt eintreten, so ist das in materiellrechtlicher Hinsicht tatsächlich dasselbe, als wenn man zwei Ansprüche annimmt und deren Rechtsfolgen zusammentreffen läßt. Fischer stößt denn auch auf dieselben Schwierigkeiten, mit denen die Vertreter der Anspruchskonkurrenz zu kämpfen haben. Fischers zusammengesetzter einheitlicher Anspruch müßte auch einen einheitlichen Tatbestand zur Grundlage haben, denn: ein und derselbe Tatbestand erzeugt nur einen Anspruch.[34]) Diesen Grundsatz erkennt auch Fischer an und stützt sich auf ihn. Es läßt sich aber aus dem Vertrags- und dem Deliktsrecht ein Tatbestand nicht kombinieren. Ein Tatbestand kann nur dem Vertragsrecht oder nur dem Deliktsrecht entnommen werden, er kann nur ein Delikt oder nur eine Vertragsverletzung sein.[35]) Entweder merkt Fischer den Widerspruch nicht, der darin besteht, den genannten Grundsatz mit der

---

[34]) vgl. auch Hellwig, Anspruch S. 98.

[35]) Wenn A die Sache X des B zerbricht, so sind zwar die Personen, die Sache und die verletzende Handlung identisch, aber es liegen verschiedene Tatbestände vor, je nachdem A mit B in einem Vertragsverhältnisse in Ansehung der Sache steht oder nicht.

Theorie des zusammengesetzten Anspruchs verbinden zu wollen, oder aber er mißversteht den Begriff der Einheit des Tatbestandes. Fischer äußert sich nicht, was er unter Tatbestand versteht. Es ist aber außer Zweifel, daß Tatbestand in unserem Sinne zu verstehen ist.[36])

Von den Autoren, welche Anspruchskonkurrenz annehmen, lassen die wenigsten alle Ansprüche frei konkurrieren (so v. Liszt), die meisten schränken das Anwendungsgebiet der Anspruchskonkurrenz mehr oder weniger ein, indem sie die Fälle aussondern, wo ihrer Ansicht nach nur Vertragsverletzung oder nur Delikt vorliegen kann (s. darüber § 6).

Um die Unzuträglichkeiten, die sich aus den verschiedenen Haftungsgraden ergeben, zu heben, sind die „Absorptions-" oder „Abmilderungstheorien" entstanden. Hiernach wird dem Vertrage ein Einfluß auf das Delikt zugeschrieben, insofern der auf Grund des Vertragsverhältnisses geforderte höhere Grad von Verschulden (so in den Fällen der §§ 521, 599, 600 BGB.) auch die Haftung aus dem Delikte abmildere. Die Abmilderungstheorien werden vertreten von v. Liszt, Krückmann, Isay, Prym, Lent (s. darüber § 7).

Nur einen Anspruch nehmen an: Hölder,[37]) Siber,[38]) Titze,[39]) Hellwig,[40]) v. Tuhr[41]) (s. darüber § 8).

---

[36]) Neuerdings hat Lent, Die Gesetzkonkurrenz im bürgerl. R., Leipzig 1912, mit Hilfe der Aufstellung der „Individualisierungsmomente" dargelegt, in welchen Fällen Einheit oder Mehrheit des Tatbestands anzunehmen ist (vgl. darüber unten § 9).

[37]) Über Ansprüche und Einreden, im ArchBürgR. Bd. 93 S. 15 ff. und Komm. z. BGB., Allgem. Teil S. 414.

[38]) Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, Leipzig 1907, S. 227, 229—233.

[39]) Besprechung von O. Chr. Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts, in ZHR. Bd. 57 S. 447 ff.

[40]) System des deutschen Zivilprozesses 1912 Bd. 1 S. 323—325 und Anspruch und Klagrecht 1900 S. 86 ff., 90 ff.

[41]) Der Allgem. Teil des deutschen bürgerl. R. 1910 Bd. 1 S. 268 ff., besonders S. 276, 277.

§ 6.

Die Abgrenzung des Anwendungsgebietes der Anspruchskonkurrenz.

Das Gebiet der Anspruchskonkurrenz hat man durch Ausscheiden verschiedener Fälle mehr oder weniger eingeschränkt.[1]) Diese Fälle sind einmal solche, wo nur ein Delikt, ferner solche, wo nur eine Vertragsverletzung, und schließlich solche, wo weder eine Vertragsverletzung noch ein Delikt vorliegen soll.

Die erste auszuscheidende Gruppe umfaßt die Fälle, wo nur ein Delikt in Frage kommt. Das ist der Fall, „wenn der Vertrag von vornherein zu dem Zwecke, eine unerlaubte Handlung zu begehen, abgeschlossen wurde“,[2]) oder mit Endemanns Worten: wenn „der Vertragsschluß nur das Mittel zur Vollziehung des selbständigen Deliktstatbestands war“,[3]) denn dann dient der Vertrag nur als Vorwand zur Begehung eines Delikts. Wenn also A an B ein Pferd vermietet, von dem er weiß, daß es mit B durchgehen wird, so haftet A, wenn B verunglückt, nur aus den §§ 823, 842 f.[4]) Ebenso liegt nur ein Delikt vor, wenn jemand ein Tier, von dem er weiß, daß es eine ansteckende Krankheit hat, vermietet, und das Tier den Tierbestand des Mieters ansteckt,[5]) oder wenn jemand ein Buch leiht, um es zu vernichten, wenn jemand eine Sache in Verwahrung nimmt, um sie zu unterschlagen[6]) usf. In allen diesen Fällen „steht das deliktische Handeln im Vordergrund, der Vertrag und seine Verletzung dienen nur der Ausführung eines Vorsatzes, der sich auf ein Delikt richtet“.[7]) Es ist also angemessen, derartige Tatbestände nur als Delikt gelten zu lassen und den Gesichtspunkt der Vertragsverletzung überhaupt auszuscheiden. Denn

---

[1]) Am weitesten ist das Gebiet bei Liszt (a. a. O. S. 11 ff.).
[2]) Fischer a. a. O. S. 98.
[3]) a. a. O. S. 1259 Anm. 12.
[4]) Endemann a. a. O. S. 1259.
[5]) Crome a. a. O. S. 17.
[6]) Lent a. a. S. 278.
[7]) Lent a. a. O. S. 278.

es können doch, wie Crome[8]) richtig sagt, „Leihe und Schenkung keinen Freibrief geben für Verletzung von Leib und Leben, wie auch von Eigentum und anderen Gütern“ des Vertragsgegners.

Eine weitere Gruppe, die man ausscheidet, charakterisiert sich durch den Mangel der Widerrechtlichkeit der Handlung. Diese Fälle, wo die Handlung infolge des Vertragsverhältnisses „gerechtfertigt“, „erlaubt“ wird,[9]) hatte im gemeinen Recht schon Vangerow (s. oben § 3) ausgeschieden. Hierher gehört z. B. die Abnutzung der Sache durch den Mieter infolge langen Gebrauchs, das Beschädigen der Tapete durch den Mieter, der Nägel in die Wand schlägt, um Bilder aufzuhängen usw. Alle diese Handlungen sind innerhalb des Schuldverhältnisses „geboten oder gerechtfertigt“.[10]) Das Merkmal hierfür ist darin zu erblicken, ob der Vertrag das Verhalten des Gegners rechtfertigt, ob der „Täter der konkreten Sachlage nach so handeln durfte“. Diese Handlungen würden unerlaubt sein, wenn kein Vertragsverhältnis zwischen dem Verletzenden und Verletzten (d. h. hier dem Eigentümer) bestände. Der Vertragsschuldner ist zu seinem Handeln dem Eigentümer, der sein Gläubiger ist, gegenüber berechtigt, unter Umständen sogar dazu verpflichtet (z. B. Zerstörung eines Hauses durch den mit dem Abbruch betrauten Unternehmer). Diese ganze Gruppe kommt also für die Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsansprüchen nicht in Betracht, weil Deliktsansprüche infolge des Mangels der Widerrechtlichkeit bei ihr ausgeschlossen sind. Das ist die herrschende Meinung.

Praktisch zu demselben Ergebnis kommen auch Prym[11]) und Bindseil,[12]) welche den Ausschluß der Widerrechtlichkeit nicht in dem dazwischen liegenden Vertragsverhältnis, sondern in der Einwilligung des Verletzten finden. Die Einwilligung zerstört die Rechtswidrigkeit der Handlung. Denn durch sie

---

[8]) DJZ. 1904 S. 17.

[9]) vgl. Fischer a. a. O. S. 97; Crome, DJZ. 1904 S. 14 ff.; v. Blume im Recht 1905 S. 481 ff.; Lent a. a. O. S. 276.

[10]) Fischer a. a. O. S. 97, 101.

[11]) a. a. O. S. 26—30.

[12]) a. a. O. S. 34—36.

erhält der Handelnde, soweit das betreffende Rechtsgut der Verfügung des Inhabers unterliegt, eine subjektive Befugnis zum Handeln. Wer aber eine Befugnis ausübt, handelt nicht widerrechtlich.[13]) Verschieden ist aber die Ansicht beider darüber, wann eine solche Einwilligung vorhanden ist. Nach Prym[14]) ist die Widerrechtlichkeit nur dann ausgeschlossen, wenn die Einwilligung in den Erfolg ausdrücklich erteilt ist, z. B. ein Haus wird von dem Bauunternehmer zerstört. Weiter geht Bindseil.[15]) Nach ihm liegt die Einwilligung in dem Vertrage. Den Maßstab aber, ob diese oder jene Einwirkung vom Vertragsgegner gebilligt werde, ergebe der jedesmalige Vertragszweck. Wenn demnach der Verwahrer eines wertvollen Glases, der die Verwahrung unentgeltlich übernommen hat, dieses beim Wegschliessen leicht fahrlässig fallen lasse, trotzdem er die diligentia quam suis aufwendete, oder wenn das Dienstmädchen leicht fahrlässig dieses Glas beim Abwaschen zerbreche, so sei die Handlung nicht widerrechtlich, da der Vertragszweck eine solche Einwirkung auf die Sache gestatte.[16]) Dagegen entspreche es nicht dem Vertragszwecke, wenn der Entleiher dieses wertvollen Glases, der es sich zum Ansehen entliehen hat, das Glas leicht fahrlässig zerbreche, indem er es zum Trinken benutzt. Danach deckt sich der Kreis der Fälle, nach denen die Widerrechtlichkeit durch Einwilligung ausgeschlossen wird, in der Hauptsache mit den Fällen, bei denen auch die herrschende Meinung eine Widerrechlichkeit infolge des dazwischen liegenden Vertrags erblickt.

Dazu kommen noch die jenen ähnlichen Fälle, wo zwar die Widerrechtlichkeit nicht ausgeschlossen ist, wo aber der Schuldner bei einer durch den Zweck des Vertrags gerechtfertigt erscheinenden

---

[13]) vgl. Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, im ArchZivPrax. Bd. 99 S. 21, 47ff.

[14]) a. a. O. S. 26—30.

[15]) a. a. O. S. 24—36.

[16]) M. E. ist das unrichtig. Denn widerrechtlich sind diese Handlungen auch, denn sie verstoßen gegen das objektive Recht. Das Gesetz läßt nur kraft positiver Vorschrift eine Ersatzpflicht nicht entstehen (s. dazu unten S. 41).

Handlung nicht die erforderliche Sorgfalt beobachtet: so, wenn der Mieter die Tapete beim Einschlagen der Nägel mehr als unbedingt nötig beschädigen würde, sei es, daß er sich eines mangelhaften Werkzeuges bedient oder daß er das Werkzeug ungeschickt anwendet, oder wenn der Entleiher eines Fahrades einen gefährlichen Weg fährt und das Rad hierbei Schaden leidet,[17]) oder wenn der Mieter die Sache durch rücksichtslose Behandlung übermäßig schnell abnutzt, die Fußböden verdirbt, wenn der Entleiher eines Buches Fettflecke hineinmacht, es auf einem Spaziergang liegen läßt usw.[18]) Lent[19]) sieht den Grund, weshalb diese Handlungen nur als Vertragsverletzung zu behandeln sind, darin, daß ihnen „ein gewisser Zusammenhang mit den vertraglichen Rechten gemeinsam ist", daß sie „Übertreibungen eines an sich erlaubten Verhaltens darstellen" und deshalb „ihre Beurteilung ohne Heranziehen des Vertrags gar nicht möglich sein würde."

Besonders erwähnt sei die enge Abgrenzung, die Endemann, der grundsätzlich auf dem Standpunkte der Gesetzeskonkurrenz steht,[20]) vornimmt.[21]) Im Gegensatz zu den anderen Autoren, welche die Anspruchskonkurrenz vertreten, sieht Endemann in den meisten dieser Fälle in Wahrheit nur einen Tatbestand vorliegen. Nur wenn ein Vertragsgenosse „bei Ausführung einer Vertragshandlung oder unter Ausnutzung der ihm durch das Vertragsverhältnis gebotenen Gelegenheit ... in die befriedeten Güter eines anderen eingegriffen hat", ist nach ihm der Tatbestand einer selbständigen unerlaubten Handlung verwirklicht worden, sind durch eine solche Handlung die Voraussetzung zweier verschiedener Tatbestände erfüllt worden, so daß Konkurrenz eintritt. So ist nach Endemann Konkurrenz gegeben, wenn der Entleiher absichtlich die ihm geliehenen Gläser zerbricht, wenn der Verwahrer das hinterlegte Fahrrad für sich benutzt und beschädigt, nicht dagegen, wenn in die beim un-

[17]) Fischer a. a. O. S. 98.
[18]) Lent a. a. O. S. 280.
[19]) Lent a. a. O. S. 280, 281.
[20]) s. darüber unten § 8.
[21]) a. a. O. S. 257—259.

entgeltlichen Verwahrer hinterlegte Pelzmütze infolge leichter Fahrlässigkeit des Verwahrers die Motten gekommen sind u. dgl.[22]) In das so abgegrenzte Gebiet fallen zugleich die von den vorerwähnten Autoren von der Konkurrenz ausgeschiedenen Fälle.

Endlich scheidet Lent[23]) alle diejenigen Fälle aus, bei denen eine Verantwortlichkeit ohne Vertrag nicht besteht, sondern durch ihn erst geschaffen wird, so wenn eine Sache beschädigt oder entwendet wird infolge mangelnder Obhut des Entleihers oder Verwahrers. Denn da jemand zu seiner Aufsicht über eine Sache nur durch den Leihvertrag, Verwahrungsvertrag usw. verpflichtet werden kann, ist auch eine Begründung des Ersatzanspruchs ohne den Vertrag unmöglich. Deshalb ist dieser Ersatzanspruch in Wahrheit nur ein Vertragsanspruch. Eine besondere Gruppe von Fällen ist das jedoch nicht, sie fallen mit in das von Endemann ausgeschaltete Gebiet.

Für das nach Ausscheidung aller dieser Fälle übrig bleibende Gebiet nimmt die herrschende Meinung Konkurrenz an, also, um es positiv auszudrücken, für alle Fälle, wo „die Vornahme der betreffenden Schaden bringenden Handlung durch den Inhalt oder den Zweck des Vertrags nicht gerechtfertigt wird“,[24]) sondern „das Bestehen des Vertragsverhältnisses nur als zufälliges unterstützendes Moment in dem Tatbestande der unerlaubten Handlung erscheint“,[25]) z. B. wenn die Handlung in strafrechtlicher Beziehung ein Vergehen bildet, oder wenn dem Handelnden durch das Bestehen eines Vertragsverhältnisses erst die Möglichkeit der Ausführung gegeben wird, so wenn der Mieter einer herrschaftlichen Wohnung die Muster der Seidentapete als Zielscheibe beim Pistolenschießen benutzt, der Verwahrer von Papyrusurkunden mit ihnen Feuer anzündet[26]) u. dgl., kurz für alle die Fälle, wo die betreffende Handlung keine Merkmale an sich trägt, die sie mit Notwendigkeit den vertragsrechtlichen Normen zu-

---

[22]) a. a. O. S. 1258, 1259.
[23]) a. a. O. S. 276/77.
[24]) Fischer a. a. O. S. 101.
[25]) Fischer a. a. O. S. 100.
[26]) Fischer a. a. O. S. 99.

weisen.[27]) Ein solches Merkmal ist nach Fischer stets der „Vertragszweck".

Lent[28]) betont als zum Gebiete der Konkurrenz gehörig alle die Fälle, in denen ein Schaden durch mangelhafte Leistung an anderen Sachen des Gläubigers angerichtet wird (z. B. durch ein krankes Tier, das der Schuldner liefert, eine Seuche unter dem Viehstande des Gläubigers erregt wird), also eine Handlung zugleich positive Vertragsverletzung und Delikt ist.

Das ist die herrschende Meinung über das Anwendungsgebiet der Anspruchskonkurrenz. Diesen Standpunkt vertritt auch die Rechtssprechung.[29])

In diesem Zusammenhange sei noch die Ansicht Cosacks erwähnt. Nach Cosack schließt der Vertrag schon an sich die deliktische Rechtswidrigkeit aus, und so gelangt Cosack zu einer besonderen Einschränkung des Anwendungsgebietes der Anspruchskonkurrenz.[30]) Cosack sagt: „Nicht rechtswidrig ist das Verhalten eines Schuldners gegenüber seinem Gläubiger, ohne Rücksicht darauf, ob die Verpflichtung des Schuldners auf einem Rechtsgeschäft oder auf Gesetzesvorschrift beruht. Mag also der Schuldner seinen Verpflichtungen noch so sehr zuwiderhandeln, sein Tun ist alsdann vertrags-, pflicht-, gesetzwidrig, aber nicht rechtswidrig".[31]) Danach konkurriert die Vertragsverletzung niemals mit § 823 Abs. 1. Zunächst ist gegen Cosacks Ansicht einzuwenden, daß auch eine Vertragsverletzung eine Rechtswidrigkeit ist, denn sie enthält einen Verstoß gegen eine

---

[27]) Fischer a. a. O. S. 99—100; Titze (in ZHR. Bd. 50 S. 451) bezeichnet diesen Satz bei Besprechung von Fischers Arbeit als nichtssagend und inhaltslos.

[28]) a. a. O. S. 279.

[29]) vgl. die Entscheidungen des Reichsgerichts v. 16. 5. 1906 (Bd. 63 S. 311), v. 29. 5. 1906 (Bd. 63 S. 343/44), v. 26. 11. 1907 (Bd. 67 S. 147), v. 3. 12. 1907 (Bd. 67 S. 182); ferner die Urteile der OLG. Naumburg v. 4. 2. 1904 (JW. 1904 S. 166), Bamberg v. 20. 5. 1907 und Braunschweig v. 17. 6. 1908 (beide in Rspr. d. OLG. Bd. 17 S. 409/410), ferner des Kammergerichts v. 26. 3. 1906 (Rspr. d. OLG. Bd. 13 S. 253).

[30]) Lehrb. I 4. Aufl. 1903 S. 603, 5. Aufl. 1910 S. 676, 688, 689.

[31]) Lehrb. I 4. Aufl. S. 603. In der 5. Aufl. sind diese Worte nicht wiederholt, doch steht der Verfasser noch auf demselben Standpunkte.

Norm.[32]) Cosack gebraucht das Wort „rechtswidrig“ nur im Sinne der deliktischen Rechtswidrigkeit, die allerdings insofern eine andere Färbung als die in der Vertragsverletzung enthaltene Rechtswidrigkeit hat, als sie die Verletzung von Verboten oder Geboten zum Gegenstande hat, die an die Allgemeinheit gerichtet sind, während die durch Vertragsverletzung begangene Widerrechtlichkeit eine Übertretung einer an eine bestimmte Person gerichtete Norm ist.[33]) Rechtswidriges Handeln aber liegt in beiden Fällen vor. Denn nach der herrschenden Ansicht stellt die Rechtsordnung, das objektive Recht, einen Komplex von Normen, von Geboten und Verboten, dar. Werden nun die erlassenen Befehle von den Normunterworfenen unbefolgt gelassen, so liegt darin ein Widerspruch zum objektiven Recht, und ein solches Verhalten nennt die herrschende Lehre Rechtswidrigkeit. Rechtswidrigkeit ist also das Zuwiderhandeln gegen gesetzliche Gebote und Verbote, ist Normübertretung. Für das Bürgerliche Gesetzbuch kann der Begriff der Rechtswidrigkeit kein anderer sein, als dieser der allgemeinen Rechtslehre entstammende.[34]) Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist also ein einheitlicher, es besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen deliktischer und nichtdeliktischer Rechtswidrigkeit.[35])

Unbeweisbar ist ferner der Satz Cosacks, daß lediglich das Bestehen des Vertrags die deliktische Rechtswidrigkeit beseitige. Cosack kann als Grund auch nur anführen, „daß die obligatorischen Verpflichtungen die Haftung des Schuldners in eigentümlicher Weise charakterisieren und zugleich begrenzen, und daß man deshalb dem Schuldner zu nahe trete, wenn man behauptet: seine Handlung wäre ein Delikt, wenn er Nicht-

---

[32]) vgl. Zitelmann, Ausschluß der Rechtswidrigkeit (ArchZivPrax. Bd. 99 S. 2—6).

[33]) vgl. Zitelmann, Internat. PrivR. Bd. 2 S. 473; Crome, System Bd. 2 S. 415; Bindseil a. a. O. S. 27.

[34]) vgl. übrigens auch die Protokolle Bd. 2 Nr. 150, Bd. 4 S. 569: „Widerrechtliche Handlungen“ sind „Zuwiderhandlungen gegen ein Gebots- oder Verbotsgesetz . . . .“

[35]) Selbst ein terminologischer Unterschied ist nicht im Sinne des BGB. vgl. Weyl, System der Verschuldensbegriffe S. 341 und Anm. 6 daselbst.

schuldner wäre, also sei sie auch deliktisch nun, da er Schuldner ist".[36]) Cosacks Auffassung widerlegt sich auch durch die von ihm selbst aufgestellte Ausnahme. Ausgeschlossen soll nämlich trotz Vorliegens eines Vertrags die Rechtswidrigkeit dann nicht sein, wenn die vertragsverletzende Handlung zugleich ein Delikt im Sinne des § 823 Abs. 2 oder § 826 ist. So ist nach Cosack Konkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktsanspruch gegeben, wenn A die von B gemietete Wohnung „absichtlich aus Schikane" beschädigt, und zwar soll der Deliktsanspruch aus § 823 Abs. 2 resultieren.[37]) Die Widerrechtlichkeit, die in der Beschädigung der Sachen nach § 823 Abs. 1 liegt, ist aber durchaus keine andere als die, die der Übertretung des § 303 StGB. zugrunde liegt.

§ 7.

Die „Abmilderungs-" oder „Absorptionstheorien".

Für die Vertreter der Konkurrenz der Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung im bürgerlichen Recht besteht auch das schon im gemeinen Recht sich ergebende Problem weiter fort, welcher Verschuldensgrad maßgebend sein soll, wenn der Schädiger für die zum Ersatz verpflichtende Handlung als Delikt für omnis culpa, als Vertragsverletzung aber nur für gröberes Verschulden einzustehen hat. Diesen Zwiespalt haben die sogen. „Abmilderungs-" oder Absorptionstheorien" zu lösen gesucht. Danach soll der auf Grund des Vertragsverhältnisses geforderte höhere Grad von Verschulden auch die Haftung aus dem Delikt abmildern, es sollen also der nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftende Schenker uud Verleiher, der nur für diligentia quam suis einstehende unentgeltliche Verwahrer für ihre Handlungen, wenn sie zugleich Delikt seien, auch deliktisch nicht für leichte Fahrlässigkeit haftbar gemacht werden können. Die Entstehung dieser Theorien ist leicht verständlich. Denn es ist widersinnig, daß der Schuldner, dessen Haftung kraft

---

[36]) Lehrb. 4. Aufl. Bd. 1 S. 597

[37]) a. a. O. 5. Aufl. S. 688.

einer ausdrücklichen Vorschrift entfallen sollte, doch auf dem Umwege über das Delikt verantwortlich gemacht werden soll. Dadurch wird das eben gewährte Haftungsprivileg vereitelt. Aber diese Theorien sind, wie wir sehen werden, leider nicht haltbar.

Die Abmilderungstheorien werdern verschieden begründet. Nach der einen Ansicht soll in den Fällen, wo die vertragliche Haftung „auf schwere Schuldarten eingeschränkt wird, diese Einschränkung ohne weiteres auch den Deliktsanspruch ergreifen". Dies ist die Lehre v. Liszts.[1]) Diese Theorie stellt v. Liszt zunächst für die Fälle auf, wo durch das Gesetz die Haftung auf höhere Schuldgrade beschränkt ist, also in den Fällen der §§ 521, 599, 690. Sodann dehnt er diese Regel auf den Fall aus, daß der Gläubiger durch Vertrag dem Schuldner die Haftung wegen Fahrlässigkeit erläßt (§ 276 Abs. 2 BGB.). In diesen letzteren Fällen sei das Verhältnis von jus speciale zu jus generale gegeben, wobei die vertragsrechtlichen Normen als das jus speciale, die deliktsrechtlichen als das jus generale anzusehen seien. Dieser Ansicht schließen sich auch Windscheid-Kipp[2]) und Wrzeszinski[3]) an. Hellwig[4]) stellt mit Recht diese Theorie als unhaltbar hin. Auch Fischer,[5]) Golde,[6]) Oertmann,[7]) Prym[8]) u. a. wenden sich dagegen.

Vor allem weisen Prym, Bindseil[9]) und Hummel[10]) darauf hin, daß ein solcher Analogieschluß nicht möglich ist, denn es müßte sich der Obersatz, dem diese Bestimmung analog sein soll, unter den Vorschriften über unerlaubte Handlungen befinden; denn die Vorschriften des Abschn. 7 des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthalten keineswegs auch für die Vorschriften über unerlaubte Handlungen geltende allgemeinere Gesichtspunkte. Die

---

[1]) a. a. O. S. 13/14.
[2]) a. a. O. Bd. 2 S. 950.
[3]) a. a. O. S. 44.
[4]) Lehrb. Bd. 1 S. 268 Anm. 69.
[5]) a. a. O. S. 114ff.
[6]) Das Verhältnis der Haftung usw. S. 405.
[7]) BGB. Recht der Schuldverhältnisse 3. u. 4. Aufl. 1910 S. 1053.
[8]) a. a. O. S. 40/41.
[9]) a. a. O. S. 45.
[10]) a. a. O. S. 39.

Bestimmungen beider Gruppen sind vielmehr selbständig und in sich abschließend. Gegen die Ausdehnung der Abmilderungstheorie Liszts auf die vertragsmäßig erlassene Haftung spricht besonders auch der Umstand, daß, wie Fischer[11]) hervorhebt, eine solche Ausdehnung dieser vertragsmäßigen Haftungsbeschränkungen auf alle Handlungen, die im Zusammenhange mit dem Vertrage stehen, besonders auf die deliktischen, nicht in den Intentionen der Vertragschließenden liegen wird. Auch läßt m. E. der Wortlaut des § 276 Abs. 2 eine solche Ausdehnung garnicht zu. Denn es handelt sich im § 276 Abs. 2 ja um einen vorherigen Erlaß der Haftung dem Schuldner gegenüber. Im Deliktsrecht aber ist vor der Entstehung des Schadensersatzanspruchs noch gar kein Schuldner vorhanden, dem eine Haftung im voraus erlassen werden könnte. Endlich würde eine solche Abrede, die nur bezweckt, die Freiheit zur Begehung unerlaubter Handlungen sich zu sichern, auch gegen § 138 BGB. verstoßen.[12])

Nahe verwandt der Ansicht v. Liszts ist die Ansicht derer, die in der gesetzlichen Haftungsbeschränkung des Schenkers, Verleihers usw. einen Verzicht erblicken auf die Inanspruchnahme wegen omnis culpa im Deliktsrecht. Ihre Vertreter sind: Isay,[13]) Stipanski,[14]) Behrend.[15]) Prym[16]) sagt mit Recht, daß diese Konstruktion eines Verzichts künstlich geschaffen ist und im Gesetze keine Basis findet. Es handelt sich auch garnicht um einen freiwilligen Verzicht des Gläubigers auf die Haftung für geringeres Verschulden; dies ist vielmehr schon kraft Gesetzes ausgeschlossen. Und selbst, wenn in dieser Haftungsbeschränkung ein Verzicht zu erblicken wäre, so könnte sich dieser Verzicht doch nur auf die Verpflichtungen aus dem betreffenden Vertragsverhältnis selbst beziehen, niemals aber auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen übergreifen.

---

[11]) a. a. O. S. 118.
[12]) vgl. auch Endemann a. a. O. S. 1259 Anm. 13.
[13]) a. a. O. S. 401.
[14]) a. a. O. S. 47.
[15]) a. a. O. S. 37.
[16]) a. a. O. S. 42.

Zu der Gruppe der Absorptions- oder Abmilderungstheorien gehört endlich noch die Theorie Krückmanns. Auch Krückmann[17]) kommt zu dem Ergebnis, daß die vertragsmäßige Abschwächung der Verschuldenshaftung auch die deliktische Haftung bis zu diesem Grade abmildere, mit der Begründung, daß diese vertragsmäßige Abschwächung „ein Recht zur Vornahme gewisser schädigender Handlungen" gebe, „ihnen den Charakter der Rechtswidrigkeit" nehme. Krückmann argumentiert folgendermaßen: Erlaubt könne eine Handlung sein — und dies erscheint zutreffend — wenn jemand entweder ein Recht auf die Vornahme der Handlung habe (z. B. das Wegnahmerecht) oder zwar kein Recht auf die Vornahme aber zur Vornahme habe (z. B. das Niederreißen eines Hauses auf Grund eines Werkvertrages)[18]). Und da es nun gleichgültig sei, ob die Erlaubnis zur Vornahme — der erste Fall kommt nicht in Betracht — von dem Geschädigten ausdrücklich erteilt sei, oder ob sie eine „gesetzliche Erlaubnis" sei, so sei, schließt Krückmann, auch die leicht fahrlässige Handlung des unentgeltlichen Verwahrers erlaubt, seine Handlung mithin nicht rechtswidrig.[19]) M. E. liegt der Fehler in der Gleichstellung derjenigen Fälle, in denen Einwilligung des Geschädigten vorliegt, mit denen der gesetzlichen Haftungsbeschränkung. Hier scheidet Krückmann nicht ganz genau zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden. Denn durch die Erlaubnis des Verletzten wird der Handlung (z. B. das Niederreißen des Hauses) der Charakter der Rechtswidrigkeit genommen. Ganz anders ist es im Falle der gesetzlichen Haftungsbeschränkung. Hier gibt das Gesetz gar keine Erlaubnis zu der Handlung. Das Gesetz läßt vielmehr nur kraft positiver Vorschrift aus dieser rechtswidrigen Handlung einen Schadensersatzanspruch nicht entstehen. Daß aber z. B. das leicht fahrlässige Beschädigen der hinterlegten Sache durch den Verwahrer, der die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen und in seinen eigenen Angelegenheiten ebenso fahrlässig gehandelt hat, rechtswidrig

---

[17]) a. a. O. S. 428 ff.
[18]) S. 441—448.
[19]) a. a. O. S. 412.

bleibt, ergibt sich daraus, daß das Recht jede Verletzung der Rechtsnormen mißbilligt,[20]) ausgenommen da, wo es den Ausschluß der Rechtswidrigkeit besonders betont (z. B. Ausübung der Notwehr). Das trifft hier nicht zu. Es könnte nur noch die Einwilligung des Geschädigten in Betracht kommen. Diese ist ebenfalls nicht gegeben, der Hinterleger wünscht vielmehr, bei Abschluß des Vertrags, daß seine Sache auch leicht fahrlässig nicht beschädigt werde.

Endlich bekennt sich auch Lent[21]) zur Abmilderungstheorie, jedoch ohne Begründung. Er macht jedoch den Unterschied, ob die Handlung durch den Vertrag gerechtfertigt ist oder nicht. Nur im ersteren Falle behalte die gesetzliche oder vertragsmäßige Abmilderung der Haftung ihre volle Bedeutung, während im letzteren die deliktische Haftung maßgebend bleibe.

Allen diesen Abmilderungstheorien ist das gemeinsam, daß bei ihnen vom Begriffe der Verschuldung ausgegangen wird. Die Vertreter dieser Theorien schließen daraus, das das Gesetz bei leicht schuldhaften Handeln (z. B. in den Fällen der §§ 521, 599, 690) eine Ersatzverbindlichkeit nicht entstehen lassen will, daß dieses schuldhafte Handeln nicht rechtswidrig sei und deshalb keine Konkurrenz eintreten könne. Besonders bei Krückmann kommt dieser Gedanke zum Ausdruck. Aber das fahrlässige Handeln des Schenkers, Verleihers usw. beibt rechtswidrig. Krückmann sagt selbst[22]): „Verschulden interessiert uns immer erst dann, wenn das Verschuldete rechtswidrig ist", und das ist zweifellos richtig. Das nicht rechtswidrige Verschulden — z. B. ich brenne mir mit meiner Zigarre selbst ein Loch in meinen Rock, um das Beispiel Krückmanns anzuwenden — ist rechtlich irrelevant. Fällt daher die Rechtswidrigkeit fort, so kommt ein Verschulden für die juristische Behandlung überhaupt nicht mehr in Frage. Daraus aber folgt, daß die Verschuldensfrage garnicht isoliert behandelt werden kann, wie die Frage nach der Rechtswidrigkeit. Von dieser

---

[20]) vgl. oben § 6 bei Anm. 34.
[21]) a. a. O. S. 290.
[22]) a. a. O. S. 447.

Seite aus wird also die Frage nach der Abgrenzung der Konkurrenzfälle der Lösung nicht näher gebracht.

Freilich fehlt es andererseits auch nicht an Autoren, die Gegner der Abmilderungstheorien sind und es durchaus nicht für unbillig halten, wenn der Schuldner neben seiner vertraglichen Haftung auch wegen der Nichtbeobachtung seiner allgemeinen Rechtspflichten verantwortlich gemacht wird.

So steht auf dem Standpunkte uneingeschränkter Anwendung beider Gesetzesvorschriften vor allem Prym. Nach Prym bleibt die gesetzliche für das Schuldverhältnis gegebene Haftungsbeschränkung ohne Einfluß auf die unerlaubte Handlung[23]). Bei vertraglichen Haftungsbeschränkungen soll diese Beschränkung nur unter Umständen auch die deliktische Handlung ergreifen. Er hält es, wie Liszt, für unbedenklich, einen solchen „Erlaß im voraus" auch bei unerlaubten Handlungen für zulässig zu halten[24]) (mit Ausnahme der Haftung für Vorsatz[25]). Jedoch sei, da dieser Erlaß in erster Linie auf das Vertragsverhältnis sich beziehe, von Fall zu Fall im Wege der Auslegung der Wille der Parteien darüber zu ermitteln, ob der Erlaß der Haftung auch auf das Delikt sich miterstrecken solle. Im Zweifel sei das eine zu verneinende Auslegungsfrage.[26])

Diesen Standpunkt teilt auch Fischer,[27]) der behauptet, daß, wenn zu der Vertragsverletzung das Moment der unerlaubten Handlung hinzutrete, die Vorschriften des 25. Titels des Bürgerlichen Gesetzbuches Platz zu greifen hätten, weil diese „gewisser-

---

[23]) a. a. O. S. 39—46, bes. S. 46.

[24]) Er beruft sich (S. 45 ff.) dafür, daß der Gedanke, selbst den privilegierten Schuldner voll verantwortlich zu machen, garnicht so widersinnig sei, darauf, daß eine Kodifikation, nämlich das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch, eine solche Bestimmung ausdrücklich enthalte. Es heißt da in § 1488: „Steht der Schuldner mit dem Beschädigten in einem Vertragsverhältnis, welches ihn zur Haftung wegen Absicht und grober Fahrlässigkeit verpflichtet, so befreit ihn dies nicht von der Verpflichtung zum Ersatz des aus einer geringen Fahrlässigkeit durch widerrechtliche Handlung verursachten Schadens".

[25]) S. 46.

[26]) a. a. O. S. 47—49.

[27]) a. a. O. S. 115.

maßen ein Mehr“ darstellten. Den Beweis dafür bleibt Fischer schuldig. Ebenso sind Crome,[28]) Dernburg,[29]) Planck,[30]) Oertmann,[31]) v. Blume[32]) für Anwendung beider Gesetzesvorschriften.

Diese für die Vertreter der Anspruchskonkurrenz so wichtige Frage ist also ungelöst. Wir sind, wie oben hevorgehoben, der Meinung, daß die Abmilderung der Haftung nicht bewiesen worden ist. Sie ist aber auch unzulässig, denn die Theorie ist nicht befugt, den wohlbedachten Gegensatz wieder aufzuheben und die dem unentwickelten Rechte eigene Vermengung von rechtsgeschäftlicher und deliktischer Haftung wieder herbeizuführen. Ist sie aber nicht beweisbar und nicht zulässig, so führt andererseits die Anwendung der Deliktsvorschriften zur Vereitelung der ausdrücklichen vom Gesetz gewährten Haftungsprivilegien. Das ist widersinnig und wird um so unbilliger empfunden, als gerade der freigebige Schenker, der gefällige Verleiher usw. dadurch betroffen werden. Die Unlösbarkeit dieser offenbar vom Gesetzgeber nicht gewollten Schwierigkeiten bildet allein schon einen inneren Beweis dafür, daß eine Konkurrenz der Vertrags- und Deliktsansprüche selbst in latenter Form im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht enthalten ist.

§ 8.

Die Vertreter der Gesetzeskonkurrenz.

Die Konkurrenz der Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung führt nicht zu praktisch befriedigenden Ergebnissen. Über die Schwierigkeiten, die hinsichtlich der vertraglichen Haftungsprivilegien der §§ 521, 599, 690, 524, 600 entstehen, wurde eben gesprochen.

---

[28]) a. a. O. Bd. 2 S. 1015; DJZ. Bd. 9 S. 14ff.
[29]) Das bürgerl. R. Bd. 2,2 S. 151.
[30]) a. a. O. Vorbem. zu § 823 Nr. 5 S. 565/66.
[31]) a. a. O. S. 1052.
[32]) a. a. O. S. 484.

Dieselben Schwierigkeiten tauchen für die Verjährung auf. Warum soll, wie einige[1]) meinen, gerade die dreijährige Verjährung des § 852 BGB. statt der sechsmonatigen des § 558 BGB. Anwendung finden, wenn der Mieter die dem Vermieter gehörende Sache zerstört oder beschädigt? Fischer[2]) behauptet, es habe stets die dem Gläubiger günstigere Verjährungsfrist zur Anwendung zu kommen. Sei die für Delikte gegebene Verjährungsfrist günstiger, so sei diese maßgebend, sei die für die Verträge bestimmte Frist für den Gläubiger vorteilhafter (z. B. im Falle der gewöhnlichen 30jährigen Frist), so diese.[3]) Den Beweis bleibt Fischer schuldig. Nach Fischers Ansicht müßte also der Gesetzgeber lediglich im Interesse des Gläubigers die Verjährungsfristen geregelt haben. Mit demselben Rechte könnte man auch die gegenteilige Behauptung aufwerfen.

Weiter aber müssen die Vertreter der Anspruchskonkurrenz auch das Vorliegen zweier Tatbestände zugeben und stoßen damit auf die „kaum lösbaren Schwierigkeiten“[4]) hinsichtlich der Frage der Klagenhäufung im Prozeß sowie hinsichtlich der Frage, ob nur ein Anspruch oder beide rechtshängig geworden sind und ob die nachträgliche Anführung anderer Gesichtspunkte eine Klagänderung ist oder nicht, die zu untersuchen den Gegenstand einer besonderen Abhandlung bilden müßte.

Als Grund für die Berechtigung der Anspruchskonkurrenz hat man angeführt, es widerspreche dem Rechtsgefühl, wenn z. B. dem vermietenden Eigentümer, dessen vermietete Sache von dem Mieter vorsätzlich geschädigt würde, nicht der sofort zur Existenz kommende Deliktsanspruch zustehe, sondern er mit der Geltendmachung des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs bis zur Beendigung der Mietzeit warten müßte, da ja die vertraglichen Ansprüche wegen Verschlechterung der Sache, also der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, erst bei Beendigung der Miete fällig und klagbar sind. Das ist aber kein durchschlagender Grund, dem zuliebe man an der Anspruchskonkurrenz

---

[1]) Fischer a. a. O. S. 112; Lent a. a. O. S. 289/90.

[2]) Ebenda.

[3]) Ähnlich auch Lent a. a. O. S. 289/90.

[4]) Hellwig, System S. 324.

festhalten müßte. Denn dem Vermieter stehen kraft des Vertragsverhältnisses Mittel zu, die es ihm ermöglichen, auch sofort zu seinem Rechte zu gelangen: er hat das Recht der Klage auf Unterlassung (§ 550 BGB.), und er hat vor allem das Recht der sofortigen Kündigung des Mietverhältnisses (§ 553 BGB). Andererseits aber würde der Mieter seiner Miete niemals froh werden, wenn dem vermietenden Eigentümer auch der Deliktsanspruch zustände und er so den Mieter, den das Besitzverhältnis fortwährend in die Gefahr bringt, die Sache zu beschädigen, bei jeder fahrlässigen Beschädigung sofort deliktisch verantwortlich machen könnte.[5])

An Stelle der nicht bewiesenen Anspruchskonkurrenz im Bürgerlichen Gesetzbuch haben nun andere Autoren, vor allem Siber, Hellwig, Titze, v. Tuhr, die Gesetzeskonkurrenz treten lassen.[6]) Das Wesen der Gesetzeskonkurrenz erblickt man richtig darin, daß ein und derselbe Tatbestand nach den für ihn erforderlichen Begriffsmerkmalen unter mehrere Gesetzesvorschriften fällt.[7]) Die eine Gesetzesvorschrift kann nun die andere ausschließen — so schließt die lex specialis die lex generalis aus —, sodaß der konkrete Tatbestand in Wahrheit nur unter die eine Vorschrift zu subsumieren, also auch nur diese anzuwenden ist. In einem solchen Verhältnis der lex specialis zur lex generalis stehen nach der Ansicht der genannten Autoren die Vertragsvorschriften zu den Vorschriften über unerlaubte Handlungen.

Die Vertreter der Gesetzeskonkurrenz gehen von dem richtigen Standpunkte aus, daß Anspruchskonkurrenz nicht vorliegen kann bei Einheit des Tatbestandes. Denn: ein Tatbestand erzeugt nur einen Anspruch.[8]) Fälschlicherweise nimmt man nun aber eine solche Einheit des Tatbestandes auch in unseren Fällen an. In dieser Beziehung sei besonders auf Siber und Hellwig hingewiesen.

---

[5]) vgl. Prym a. a. O. S. 90/91.

[6]) vgl. die Anm. 38—41 in § 5 der Arbeit.

[7]) So richtig Hellwig, System S. 323.

[8]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 98; Endemann a. a. O. S. 419; Langheineken a. a. O. S. 138; Fischer a. a. O. S. 108.

Die Kriterien der Anspruchskonkurrenz und damit der Mehrheit der Tatbestände werden, wie schon oben erwähnt, in den drei Erfordernissen: Verschiedenheit der Subjekte, der Leistungspflicht und des Entstehungsgrundes erblickt.[9]) Die Verschiedenheit eines dieser Momente erzeugt eine Mehrheit der Ansprüche. Trotz Identität der Subjekte und des Leistungsinhalts liegen darum verschiedene Ansprüche vor, wenn ihr Entstehungsgrund verschieden ist (und dies gilt auch dann, wenn die auf dieselbe Leistung gehenden Ansprüche durch einmalige Leistung untergehen).[10]) Nun erblickt Siber[11]) den Entstehungsgrund in einem sogen. „historischen Vorgang", z. B. der Beschädigung der Sache, und, da dieser Vorgang für das Deliktsrecht wie für das Vertragsrecht derselbe ist, gelangt er naturgemäß zur Annahme der Einheit des Entstehungsgrundes und damit — die Identität der Subjekte und des Leistungsgegenstandes ist zweifellos — zur Einheit des Tatbestandes und zur Verwerfung der Anspruchskonkurrenz. M. E. ist jedoch dieser Auffassung des Entstehungsgrundes als eines sogen. historischen Vorgangs nicht beizutreten.

Richtig erscheint vielmehr die Definition Hellwigs[12]): „Entstehungsgrund (Tatbestand der Verpflichtung, causa debendi) ist die Gesamtheit der Umstände, die nach dem objektiven Recht zur Entstehung des Anspruchs gehören". Es ist nicht zu bezweifeln, daß danach die Gesamtheit der Umstände, die zur Entstehung des Anspruchs gehören, nicht in dem sogen. historischen Vorgang sich erschöpft. So sagt denn auch Hellwig,[13]) daß der Entstehungsgrund zwar verschieden ist, wenn der maßgebende äußere Vorgang verschieden ist, daß aber auch trotz Identität des äußeren Vorgangs verschiedene Ansprüche entstehen, wenn der Vorgang verschiedene Rechte

---

[9]) Siber a. a. O. S. 227; Hölder, Über Ansprüche und Einreden, a. a. O. S. 15ff.; v. Tuhr a. a. O. S. 268—275; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 86ff., 90ff.

[10]) Hellwig, Lehrb. S. 263.

[11]) Siber a. a. O. S. 221.

[12]) System S. 322.

[13]) a. a. O. System S. 332.

verletzt, so daß z. B. die Wegnahme einer Sache für den Besitzer den Besitzanspruch und für den Eigentümer den (dinglichen) Eigentumsanspruch, also für den Eigentümer zwei konkurrierende Ansprüche erzeugt, wenn er Besitzer war, und weiter folgert er,[14]) daß die Einheit des Entstehungsgrundes bedingt ist durch die Einheit des äußeren Vorganges und zugleich durch die Einheit des konkreten Rechtsverhältnisses, auf das dieser wirkt.[15])

Soweit hat also Hellwig den Begriff des Entstehungsgrundes richtig erkannt. Aber er begründet nicht, warum Einheit des Tatbestandes vorliege. Nach seiner m. E. richtigen Definition müßte Hellwig vielmehr zur Verschiedenheit des Tatbestandes und damit zur Anspruchskonkurrenz oder auch zur Subsidiarität (in Lents Sinne [vgl. unten § 9], die streng von der Spezialität zu scheiden ist), jedenfalls aber nicht zur Gesetzeskonkurrenz gelangen. Statt zunächst das Bestehen der Einheit des Tatbestandes zu prüfen und danach erst das der Gesetzeskonkurrenz, sucht Hellwig sofort die Gesetzeskonkurrenz, die er in der Form der Spezialität auf Grund einiger gesetzlicher Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs gefunden zu haben glaubt (s. darüber sogleich), zu beweisen. Dieser Fehler ist bisher stets bei der Behandlung der Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Rechte gemacht worden, bis Lent in seinem Buche über die Gesetzeskonkurrenz darauf hingewiesen hat, daß von der Einheit des Tatbestandes als der Grundlage aller Gesetzeskonkurrenz auszugehen ist.

So wenig wie die Einheit des Tatbestandes, so wenig hat man auch die Gesetzeskonkurrenz bewiesen.

Hellwig sieht den Beweis für die Gesetzeskonkurrenz in dem § 618 BGB.[16]) In Abs. 1 u. 2 des genannten Paragraphen wird es dem Dienstberechtigten zur Vertragspflicht gemacht, Räume, Vorrichtungen usw. so einzurichten und zu unterhalten und die Dienstleistungen so zu regeln, daß der Dienstpflichtige

---

[14]) Anspruch und Klagrecht S. 92.

[15]) Ebenso Langheineken a. a. O. S. 137.

[16]) Lehrb. Bd. 1 S. 267/68; System Bd. 1 S. 324 Anm. 21.

gegen Gefahr für Leben und Gesundheit geschützt ist, sowie solche Einrichtungen zu treffen, die mit Rücksicht auf die Gesundheit des in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Dienstboten erforderlich sind. In Abs. 3 wird für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs im Falle der Nichterfüllung dieser Pflichten auf die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842—846 BGB. verwiesen. Nun sagt Hellwig, die Verweisung des Abs. 3 auf die §§ 842—846 wäre überflüssig, wenn das Gesetz die Verletzung dieser Pflichten selbst schon als unerlaubte Handlung auffaßte, und sieht darin einen Grund für die Spezialität der Vertragsvorschriften den Deliktsvorschriften gegenüber. Diese Beweisführung wird freilich bekämpft, so von Prym[17]) und Krückmann,[18]) m. E. aber in unrichtiger Weise. Es ist Hellwig beizustimmen, daß die Verletzungen der dem Dienstherrn durch § 618 auferlegten Verpflichtungen, auch soweit sie sich auf die Gesundheit und das Leben des Verpflichteten beziehen, lediglich Vertragsverletzungen sind; das beweist ja deutlich der Abs. 3. Aber dadurch ist der Beweis, daß die Vertragsvorschriften leges speciales zu den Deliktsvorschriften seien, noch nicht erbracht worden.[19])

Einen weiteren Beweis für das Bestehen von Gesetzeskonkurrenz glaubt Hellwig in dem § 992 BGB. gefunden zu haben, der aber selbst bei Richtigkeit des Beweises nicht für eine allgemeine Gesetzeskonkurrenz der Delikts- mit den Vertragsvorschriften sprechen würde, sondern die Gesetzeskonkurrenz nur für den Fall beweisen würde, daß der Zerstörer oder Beschädiger einer Sache zugleich Besitzer und Vertragsschuldner ist. Wenn der Mieter, Verwahrer, Entleiher die Mietssache usw. zerstört, so scheint prima facie der Eigentümer und Gläubiger drei Ansprüche zu haben, und zwar außer dem deliktischen aus § 823 (unerlaubte Handlung) und dem vertraglichen aus § 280 (Anspruch gegen den Schuldner auf Ersatz wegen Unmöglichkeit der Leistung) noch den dinglichen aus §§ 989 ff. (Ersatzanspruch

[17]) a. a. O. S. 55 ff.

[18]) a. a. O. S. 430 ff.

[19]) vgl. darüber unten § 9. Die Vertragsvorschriften stehen nicht im Verhältnis der Spezialität, sondern der Subsidiarität zu den Deliktsvorschriften.

gegen den Besitzer wegen Unmöglichkeit der Herausgabe an den Eigentümer). Nun meint Hellwig[20]): Nach § 992 haftet der Besitzer dem Eigentümer wegen Beschädigung oder Vernichtung der Sache nur in zwei Fällen nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen, nämlich dann, wenn der Besitzer den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung sich verschafft hat. Hieraus ergebe sich, daß der Besitzer dem Eigentümer, wenn dieser ihm den Besitz überlassen habe, nach Deliktsgrundsätzen überhaupt nicht haftbar werden könne, sondern nur nach dem Vertragsrecht. Denn da die Überlassung die Schlechtgläubigkeit des anderen ausschließe, so folge daraus, daß in solchem Falle auch nicht etwa die gesetzlichen Ansprüche aus den §§ 990 ff. mit den vertragsmäßigen konkurrieren könnten.

Dieser Ansicht Hellwigs schließt sich auch v. Tuhr[21]) an.

Für den ersten Augenblick scheint diese Beweisführung zutreffend. Jedoch ist zu beachten,[22]) daß der § 992 in dem Zusammenhange der §§ 987 ff. zu betrachten ist. Der § 992 behandelt, ebenso wie die §§ 989, 990, 991 Abs. 2, in ergänzender Weise zu den §§ 985, 986, die die Herausgabepflicht des in unrechtmäßigem Besitze befindlichen Besitzers regeln, die Ersatzansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer, und zwar unter der Voraussetzung, daß der Hauptanspruch auf Herausgabe bereits begründet ist. Der Anspruch auf Schadensersatz tritt also hier an die Stelle des Herausgabeanspruchs (analog zu dem Schadensersatz wegen Uumöglichkeit der Leistung [§ 280 BGB.]), während der Schadensersatzanspruch nach § 823 ein primärer ist. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 992, der nicht sagt: „Der Besitzer ist verpflichtet Schadensersatz zu leisten", sondern „er haftet dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen". Schon aus diesen Gründen kann der § 992, wenn er die Deliktshaftung in anderen Fällen als in den von ihm er-

---

[20]) Lehrb. Bd. 1 S. 265.

[21]) a. a. O. S. 278.

[22]) vgl. dazu Lent a. a. O. S. 258—261.

wähnten ausschließen will, lediglich solche gemeint haben, die in den §§ 987 ff. behandelt sind. Der Hauptgrund gegen die Beweisführung Hellwigs aber ist der, daß § 992 auf die Fälle unrechtmäßigen Besitzes beschränkt ist. Das ergibt der gesamte Zusammenhang (vgl. die §§ 985, 986) und die wiederholte Betonung des guten Glaubens in den §§ 990, 991 Abs. 2, 994 Abs. 2, die nur bei mangelnder Berechtigung zum Besitze einen Sinn hat. Aus dieser Beschränkung des § 992 auf die Fälle des unrechtmäßigen Besitzes aber folgt, daß, wenn man aus § 992 durch argumentum e contrario den Anschluß der Deliktshaftung in anderen als in den dort genannten Fällen folgern will, diese Ausschließung nur auf die Fälle ausgedehnt werden darf, die nach dem gesamten Zusammenhange allein in Betracht kommen und allein in den §§ 987 ff. behandelt worden sind, d. h. in den Fällen unrechtmäßig erworbenen Besitzes. Der § 992 schließt also für alle Fälle rechtmäßigen Besitzes die Deliktshaftung nicht aus, und so widerlegt sich die Deduktion Hellwigs und v. Tuhrs.

Zu der Annahme der Spezialität der Vertragsnormen haben jedenfalls auch folgende Erwägungen geleitet: Die Deliktsnorm lautet beispielsweise: Du sollst das Eigentum eines anderen nicht verletzen. Die entsprechende Vertragsnorm dagegen lautet: Du Mieter, Pächter, Entleiher usw. sollst die Sache, die der Vermieter, Verpächter, Verleiher usw. dir überlassen hat, nicht beschädigen. Durch jede der beiden Normen wird im konkreten Falle dieselbe Sache geschützt, und die Verletzung dieser Sache ist es, die den Ersatzanspruch erzeugt. Da nun im ersten Falle die schützende Norm an die Allgemeinheit sich richtet, im zweiten Falle aber speziell an den Vertragsgegner selbst, so sieht man letztere Norm als die lex specialis, erstere als die lex generalis an.

Dagegen wendet Krückmann[23]) ein, man könne mit demselben Rechte das Gegenteil behaupten, daß nämlich „das konkrete Vertragsrecht im Verhältnis zum Deliktsrecht lex generalis sei“. Als Beispiel führt Krückmann an, daß der Verstoß

[23]) a. a. O. S. 430/31.

gegen das Verwahrungsrecht in der mannigfaltigsten Weise möglich ist, also nicht bloß durch Sachbeschädigung, sondern vor allem durch Verzug. Dann ist die Bestimmung, der Verwahrer haftet für culpa in concreto, weiter als die Bestimmung über die Sachbeschädigung, denn die Sachbeschädigung ist nur eine der mehreren Formen, in denen ein Verstoß gegen das Verwahrungsrecht möglich ist. Außer diesem Grunde sind es noch andere stärkere Gründe, die hier das Verhältnis von lex specialis zu lex generalis als unmöglich erscheinen lassen.

Zu der Annahme der Spezialität hätte man nie kommen können, wenn man sich über die Einheit des Tatbestandes, die man ja für die Gesetzeskonkurrenz voraussetzen muß, vollständig klar gewesen wäre. So meint Lent,[24]) es sei einer der größten Fehler der bisherigen Behandlung der Gesetzeskonkurrenz in der Literatur des Bürgerlichen Gesetzbuchs gewesen, daß die Einheit des Tatbestandes niemals exakt festgestellt, sondern die Zurechnung zur Gesetzeskonkurrenz oder das Gegenteil eigentlich nur ohne den Versuch einer Beweisführung behauptet worden sei und so als Ausfluß persönlicher Abschätzung der Tatbestände erschienen sei.

Lents Verdienst ist es nun, in einer ausführlichen Untersuchung den Begriff der Gesetzeskonkurrenz festgestellt zu haben. Lent weist nach, wie die Einheit des Tatbestands und damit die Gesetzeskonkurrenz gefunden wird, und kommt zu dem Ergebnis, daß für unsere Fälle keine Gesetzeskonkurrenz, also auch keine Spezialität (die eine der mehreren Formen der Gesetzeskonkurrenz ist) in Frage kommt.

§ 9.

Die Lehre Lents von der Unmöglichkeit der Gesetzeskonkurrenz. — Theorie der Subsidiarität.

Lent nimmt seinen Ausgangspunkt vom Strafrecht, dem dem ja der Begriff der Gesetzeskonkurrenz entstammt. Der üblichen strafrechtlichen Definition der Gesetzeskonkurrenz: „Ein

[24]) a. a. O. S. 71.

Verbrechen, mehrere passende Gesetze“ entspricht die schon von Hellwig[1]) und v. Tuhr[2]) gebrauchte Definition der Gesetzeskonkurrenz für das bürgerliche Recht: ein Tatbestand, der unter mehrere gesetzliche Bestimmungen gebracht werden kann.[3]) Denn es ist nur eine verschiedene Bezeichnung, nicht ein sachlicher Unterschied, wenn im Strafrecht von einem (konkreten) Verbrechen, im Zivilrecht von einem (konkreten) Tatbestand gesprochen wird.[4]) Die Gesetzeskonkurrenz beruht also nach den übereinstimmenden Definitionen der straf- und zivilrechtlichen Literatur „auf dem Gegensatz zwischen der Einheit des konkreten Tatbestandes und die Mehrheit der Gesetze (der abstrakten Tatbestände), die (wenigstens prima facie) auf jenen passen,“ oder, kürzer ausgedrückt, heißt die Definition der Gesetzeskonkurrenz: Ein konkreter Tatbestand, mehrere passende Gesetze (abstrakte Tatbestände).[5])[6]) Wie im Strafrecht, so gibt es nun auch im Zivilrecht mehrere Formen der Gesetzeskonkurrenz: die Spezialität, die Konsumtion und die Idealkonkurrenz.[7])

Um den Begriff der Spezialität festzustellen, muß zunächst die Einheit des (konkreten) Tatbestandes festgestellt werden. Denn die Grundlage der Gesetzeskonkurrenz ist die Einheit des konkreten Tatbestandes (im Gegensatz zur Anspruchskonkurrenz, die die Folge der Mehrheit der Tatbestände ist). Während bei der Anspruchskonkurrenz mehrere anspruchserzeugende Tatbestände angewandt werden, wird bei der Ge-

---

[1]) System Bd. 1 S. 323.

[2]) a. a. O. S. 276.

[3]) vgl. Lent a. a. O. S. 4.

[4]) Beweis dafür bei Lent S. 5.

[5]) Lent a. a. O. S. 8, 9.

[6]) Es kommen nur solche gesetzliche Bestimmungen in Betracht, die einen Tatbestand enthalten und die rechtliche Folge aussprechen, die an ihn geknüpft wird. Es scheiden also aus einmal die Definitionen (vgl. die §§ 90—92, 433, 611, 613, 688 BGB. usw.) und sodann die sogen. Hilfsnormen (z. B. §§ 107, 108ff., 130, 164ff.), die nur vorläufige Regeln geben, nur eine Vorfrage lösen (s. Lent a. a. O. S. 75—85).

[7]) a. a. O. S. 2, 9ff., 17ff., 43ff., 70ff. Die Konsumtion und die Idealkonkurrenz lassen wir hier beiseite.

setzeskonkurrenz nur ein Tatbestand angewandt.[8]) Da also die Grundlage der Gesetzeskonkurrenz die Einheit des Tatbestandes ist, ist es notwendig, diese Einheit des Tatbestandes zu bestimmen. Sie ist vorhanden, wenn die Individualisierungsmomente in beiden abstrakten Tatbeständen identisch sind.[9]) Die Individualisierungsmomente sind „die Tatsachen, deren Verschiedenheit die Abgrenzung der Tatbestände gegeneinander ermöglicht und ihre Verschiedenheit bewirkt, deren Gemeinsamkeit, Identität, die Einheit der Tatbestände zur Folge hat".[10]) Es sind aber nicht alle Tatsachen, die für den konkreten Tatbestand wesentlich sind, Individualisierungsmomente. So sind es nicht alle die Tatsachen, die im Tatbestande der lex generalis fehlen und nur in dem lex specialis enthalten sind; denn sonst würde ja die Identität ausgeschlossen sein, die gerade beim Zusammentreffen von lex generalis und lex specialis besteht.[11]) Die Auswahl muß vielmehr zum Gegenstande einer eingehenden Untersuchung gemacht werden. Bei einem strafrechtlichen Tatbestande sind die Individualisierungsmomente die Handlung und das angegriffene Rechtsgut, bei einem Diebstahl also die Wegnahme und die weggenommene Sache.[12]) Für den uns hier interessierenden zivilrechtlichen Deliktsanspruch hat Lent das verletzte Recht und die Handlung, für den Anspruch aus dem Vertrage den Vertrag und die Zuwiderhandlung gegen ihn als die Individualisierungsmomente gefunden.[13])

Die Individualisierung der Tatbestände hat also den Zweck, die Identität mehrerer anscheinend verschiedener Tatbestände festzustellen. Es können mehrere von ihnen gemeinsam sein, ohne daß darum Identität eintrete, andererseits aber schließt jede Verschiedenheit in den Individualisierungsmomenten die Identität der Tatbestände aus.[14])

---

[8]) a. a. O. S. 73, 74.
[9]) a. a. O. S. 11.
[10]) a. a. O. S. 87.
[11]) a. a. O. S. 88.
[12]) a. a. O. S. 11.
[13]) a. a. O. S. 98—115 und 170ff., 177ff.
[14]) a. a. O. S. 89.

Somit hat Lent die Notwendigkeit, zwischen den beiden an sich möglich erscheinenden Tatbeständen zu wählen, erklärt. Nun erörtert er, nach welchen Prinzipien für die Spezialität (die uns von den Formen der Gesetzeskonkurrenz hier allein interessiert) die Wahl unter den mehreren Tatbeständen erfolgt, und welches von den mehreren Gesetzen allein die Auslese der Tatsachen, also die Bildung des konkreten Tatbestandes, bestimmt.[15]) Die Vergleichung der beiden konkreten Tatbestände zeigt, daß der eine Tatbestand nicht nur die Individualisierungsmomente, sondern alle Tatsachen des anderen enthält, also den anderen Tatbestand voll umfaßt, aber noch eine Tatsache (oder mehrere) hinzunimmt. (So umfaßt der schwere Diebstahl im konkreten Falle alle Tatsachen des einfachen Diebstahls, besonders die beiden Individualisierungsmomente Handlung und angegriffenes Rechtsgut, es kommt aber noch eine Tatsache hinzu, z. B. das Erbrechen eines Behältnisses.) Derjenige Tatbestand erhält nun den Vorzug, der von beiden „die vollständigere Auslese", den „größeren Lebensausschnitt" bringt. Das ist nun der Fall bei der Konkurrenz von lex generalis und lex specialis: die lex specialis geht der lex generalis vor, jener umfassendere Tatbestand ist der auf Grund der lex specialis gebildete. Die Spezialität charakterisiert sich also dadurch, daß die nach den passenden Gesetzen gebildeten „konkreten Tatbestände die Individualisierungsmomente gemeinsam haben, darüber hinaus aber so viele Tatsachen haben, daß der eine Tatbestand ganz von dem anderen aufgenommen wird".[16])

Da nun beim Deliktsanspruch die Individualisierungsmomente das verletzte Recht (z. B. das Eigentum) und die Handlung, bei dem vertraglichen Anspruch dagegen die Individualisierungsmomente der Vertrag und die Zuwiderhandlung gegen ihn sind,[17]) so ergibt sich daraus — als Beispiel sei an die Zerstörung der dem Vermieter gehörenden Sache durch den Mieter gedacht —, daß nur das eine Individualisierungsmoment ge-

[15]) vgl. für das Folgende Lent a. a. O. S. 12 f.

[16]) Lent a. a. O. S. 13.

[17]) vgl. Lent a. a. O. S. 98—115, für die unerlaubten Handlungen S. 17 ff., 177 ff., 285 für die Verträge.

meinsam ist — denn die Verletzung des fremden Eigentums und die Zuwiderhandlung gegen den Vertrag erfolgen durch dieselbe Handlung —, aber nicht das andere, denn der Vertrag und das Eigentum sind nicht identisch.[18]) Nach der oben gefundenen Regel schließt aber jede Verschiedenheit in den Individualisierungsmomenten die Identität der Tatbestände aus, und weil die Einheit des Tatbestandes fehlt, ist für die Gesetzeskonkurrenz kein Raum, also auch nicht für die Spezialität, die eine Form der Gesetzeskonkurrenz ist. Damit ist für den, der den Ergebnissen der ausführlichen Untersuchung Lents beistimmt, die bisherige Annahme, daß in den den Gegenstand unserer Erörterung bildenden Fällen das Verhältnis von lex generalis zu lex specialis vorliege, widerlegt.

So bleibt auch für Lent nichts anderes übrig, als für den Rest, der nach Ausscheidung einer Anzahl von Fällen aus dem Gebiet der Anspruchskonkurrenz verbleibt (vgl. § 6 der Arbeit) das Vorliegen von zwei Tatbeständen und darum von Anspruchskonkurrenz anzunehmen.

Indessen notwendig ist die Annahme nicht. Denn auch Lent erwägt noch die Frage, ob nicht vielleicht Subsidiarität[19]) in Frage kommen könne und kommt zu dem Schlusse, daß die Subsidiarität „unwahrscheinlich“ sei.[20])

Die Subsidiarität ist also nach Lent jedenfalls nicht unmöglich. Untersuchen wir, ob sie nicht sogar wahrscheinlich ist.

Zunächst ist festzustellen, was nach Lent unter Subsidiarität zu verstehen ist.[21]) Der Begriff hat zwei Bedeutungen. Faßt man den Begriff als Rangverhältnis der Gesetze auf, so gehört auch die Spezialität unter ihn. Ber Begriff der Subsidiarität wird aber auch noch in einem engeren Sinne verstanden, das sind die Fälle der sogen. „stillschweigenden Subsidiarität“ der strafrechtlichen Literatur, die auch auf das

---

[18]) Lent a. a. O. S. 285.

[19]) Der Begriff der Subsidiarität im Sinne Lents wird gleich erörtert werden.

[20]) Lent a. a. O. S. 288.

[21]) Auch hier ist von den strafrechtlichen Begriffen ausgegangen.

bürgerliche Recht übertragen werden können.[22]) Mit ihnen haben wir es zu tun. Fälle der sogen. stillschweigenden Subsidiarität oder Subsidiarität im engeren Sinne sind im Strafrecht das Verbrechen des Zweikampfes neben dem der Herausforderung zum Zweikampfe, die Teilnahme an der Ausführung eines Verbrechens neben der unterlassenen Anzeige desselben u. ä. In diesen Fällen kann nicht von Einheit des Tatbestandes die Rede sein, vielmehr liegen zwei Tatbestände vor. Aber nur der eine Tatbestand kommt zur Aburteilung, der andere scheidet aus. Man bestraft die Herausforderung nicht neben dem Zweikampf, sondern nur diesen, weil sie als bloße Vorbereitungshandlung zu unselbständig neben dem Hauptdelikt erscheint, man bestraft die unterlassene Anzeige nicht neben der Teilnahme an der Ausführung des Verbrechens, weil man dem Täter nicht zumutet, von seinem verbrecherischen Vorhaben selbst Anzeige zu machen. Der „geistige Zusammenhang", der hier zwischen den beiden Tatbeständen besteht, „das Wertverhältnis" zwischen den Tatbeständen ist es, die hier zur Ausscheidung des einen Tatbestandes führen.[23]) Die Subsidiarität steht also im Gegensatz zur Gesetzeskonkurrenz. Bei der Gesetzeskonkurrenz findet eine Deckung der Tatbestände statt, es ist nur ein Tatbestand vorhanden, bei der Subsidiarität sind zwei selbständige Tatbestände mit durchaus nicht identischen Tatsachen und Individualisierungsmomenten vorhanden. Dort bilden die Tatbestände sich deckende (oder schneidende) Kreise (z. B. bei der Spezialität, wo der Tatbestand der lex specialis stets den der lex generalis vollständig umfaßt), hier zwei nebeneinanderstehende. Bei der Gesetzeskonkurrenz haben wir es mit der Wahl unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten zu tun, bei der Subsidiarität mit der Wahl unter mehreren konkreten Tatbeständen.[24]) Während so bei der Gesetzeskonkurrenz ein Gesetz ausgeschieden wird, weil der durch dasselbe geregelte Tatbestand bereits durch ein anderes Gesetz mit umfaßt wird, fällt bei der Subsidiarität ein ganzer

[22]) Lent a. a. O. S. 18.
[23]) Lent a. a. O. S. 27, 31.
[24]) Lent a. a. O. S. 27, 29, 31.

Tatbestand (und damit natürlich auch das den Tatbestand regelnde Gesetz) für die Beurteilung weg.[25])

Im bürgerlichen Recht sind z. B. subsidiär die Ansprüche aus dem Eigentum nach §§ 987 ff. gegenüber den Ansprüchen aus der echten Geschäftsführung nach §§ 677 ff.[26]) Auch hier liegen zwei verschiedene Tatbestände vor. Lent sagt nun m. E. richtig, der Geschäftsführer müsse dagegen geschützt werden, daß jede im Laufe der Verwaltung geschehene Zerstörung einer Sache des Geschäftsherrn, z. B. Veräußerung von Vieh, Ernte, Verbrauch von Futter bei einer Gutsverwaltung usw. einzeln zum Gegenstande eines Schadensersatzanspruchs nach § 989 BGB. gemacht werde. Denn der Geschäftsführer hat doch Anspruch darauf, daß — wenigstens bei gerechtfertigter Geschäftsführung — seine Handlung im Zusammenhang der gesamten Geschäftsführung betrachtet werde. Weil nun wegen Fehlens der Einheit des Tatbestandes die Ausscheidung der Normen im Wege der Gesetzeskonkurrenz nicht möglich ist, so bleibt Lent nur der „einzige Ausweg" zu dem „Hilfsmittel" der Ausschaltung des einen Tatbestands im Wege der Subsidiarität zu greifen. Das entspricht auch gewiß der Billigkeit.

Noch vielmehr ist es m. E. berechtigt, auch in unseren Fällen des sogen. Zusammentreffens der vertraglichen und deliktischen Ansprüche so zu verfahren und „nach freier Abschätzung der Gesetze" mit Rücksicht auf den „geistigen Zusammenhang"[27]) zu entscheiden, ob nicht einer der beiden Tatbestände als der subsidiäre zu betrachten ist. Lent meint zwar, daß ein Grund hierfür sich kaum finden lasse, denn es lasse sich nicht nachweisen, „daß der eine Tatbestand im Vergleich zum anderen so unbedeutend oder widerspruchsvoll wäre, daß seine Ausscheidung durch Subsidiarität notwendig erschiene".[28]) Eine solche Notwendigkeit ist aber vorhanden. Die gleichzeitige Anwendung milderer vertraglicher Haftungsvorschriften neben der deliktischen, die gleichzeitige Anwendung verschieden großer

[25]) Lent a. a. O. S. 29.
[26]) Lent a. a. O. S. 312—314.
[27]) Lent a. a. O. S. 33, 27.
[28]) Lent a. a. O. S. 287.

Verjährungsfristen führen ja Widersprüche genug im Gefolge. Wir werden schon dieser bisher ungelösten Schwierigkeiten wegen zu dem Ausweg der Subsidiarität gedrängt. Und diese Gründe sind mindestens ebenso triftig, wie die, die Lent bewegen, die Bestimmungen der §§ 987 ff. im Verhältnis zu denen über die echte Geschäftsführung als subsidiäre zu betrachten.

Wenn also einer der beiden Tatbestände im Wege der Subsidiarität auszuscheiden ist, so wird es nur der Deliktstatbestand sein können. Der Anlaß, der nach Lent zu diesem Vorgehen berechtige und nur darin liegen könne, daß der Eigentümer den Deliktsanspruch nicht braucht, wenn er den Vertragsanspruch hat,[29]) ist tatsächlich gegeben. Zwischen dem die Sache zerstörenden Mieter und dem Vermieter, um bei diesem Beispiel zu bleiben, besteht ein rechtliches Band, das Vertragsverhältnis. Das Gesetz (bezw. die Vereinbarung) regelt die Beziehungen zwischen Mieter und Vermieter sowohl unter sich als in Ansehung der gemieteten Sache und spricht die Rechtsfolgen der Vertragsverletzung aus. Es ist deshalb unnötig und überflüssig, neben den vertragsrechtlichen Vorschriften noch die deliktischen heranzuziehen. Diese, die sich an die Allgemeinheit richten, wollen nur eingreifen, wo nicht schon jenes rechtliche Band besteht. Diese Erwägungen mögen auch die geleitet haben, die in unseren Konkurrenzfällen — um den unrichtigen Ausdruck noch beizubehalten — das Verhältnis der lex specialis zur lex generalis erblicken. So sagt mit Recht Endemann[30]): „Die auch heute verbreitete Neigung, die §§ 823 ff. überall ergänzend hinzufügen, muß aber durchaus bekämpft werden. Die unerlaubte Handlung hat grundsätzlich nur eine subsidiäre Geltung, sie setzt den Mangel eines rechtswirksamen Rechtsgeschäfts voraus: wo mithin durch Rechtsgeschäft begründete Pflichten vorliegen, kommen diese allein zur Anwendung. Indem das Gesetz die Haftung des Leihers in den §§ 599, 601 f. ordnet, bestimmt es abschließend die ihn wegen Beschädigung der geliehene Sache betreffende Haftung; nichts deutet darauf hin, daß dieser Tatbestand zu-

---

[29]) Lent a. a. O. S. 287.

[30]) a. a. O. S. 419 Anm. 22.

gleich auch von § 823 ergriffen würde. Das fände nur dann eine Rechtfertigung, wenn die dort gegebenen Rechtsfolgen nicht ausreichten".

Im praktischen Ergebnis befinden wir uns mit der Theorie der Subsidiarität auch im Einklang mit den Vertretern der Gesetzeskonkurrenz, indem sowohl bei der Spezialität, also der Gesetzeskonkurrenz, als auch bei der Subsidiarität nur der Anspruch eines Tatbestands zur Beurteilung gelangt. Theoretisch aber müssen wir uns von den Vertretern der Gesetzeskonkurrenz trennen, denn zwischen Subsidiarität und Spezialität besteht ein Unterschied.

Das Resultat unserer Untersuchung ist demnach: Eine Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsansprüchen nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht begründet, vielmehr ist immer nur ein Vertrags- oder ein Deliktsanspruch vorhanden. Begeht der Vertragsschuldner eine schädigende Handlung nur gelegentlich und aus Anlaß des Vertragsverhältnisses oder bei Ausführung einer Vertragshandlung, oder dient der Vertragsschluß nur als Mittel zur Vollziehung der schädigenden Handlung (vgl. oben § 6), so entscheidet das Deliktsrecht, für die anderen Fälle ist ausschließlich das Vertragsrecht maßgebend.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.